

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO XLIX, FASCÍCULO III

SEPTIEMBRE-DICIEMBRE, MCMXCVI



BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR G.^a
Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Secretario:

LUIS FELIPE RUIZ ANTÓN
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Vicesecretario:

ESTEBAN MESTRE DELGADO
Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Consejo de Redacción:

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA
Catedrático Emérito de Derecho penal de la
Universidad del País Vasco (San Sebastián)

JAVIER BOIX REIG
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

JUAN BUSTOS RAMÍREZ
Profesor Ordinario de Derecho Penal
de la Universidad de Chile

BERNARDO FR. CASTRO PÉREZ
Magistrado Jubilado de la Sala 2.^a del
Tribunal Supremo

JOSÉ CEREZO MIR
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Nacional de Educación a Distancia

MANUEL COBO DEL ROSAL
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO
Ex Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JUAN CÓRDOBA RODA
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

MANUEL GARCÍA MIGUEL
Ex Presidente de la Sala 2.^a del
Tribunal Supremo

GERARDO LANDROVE DÍAZ
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Sevilla

HORACIO OLIVA GARCÍA
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Palma de Mallorca

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ENRIQUE RUIZ VADILLO
Ex Presidente de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo
Magistrado del Tribunal Constitucional

JOSÉ MARÍA STAMPA BRAUN
Catedrático Jubilado de Derecho penal de la
Universidad Nacional de Educación a Distancia

RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

ÁNGEL TORÍO LÓPEZ
Catedrático Emérito de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

**ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y CIENCIAS PENALES**

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Cuatrimestral.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia
(Centro de Publicaciones)
c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID
Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA Y DISTRIBUCIÓN

Librería del Boletín Oficial del Estado
c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID
Tel.: 91 538 21 11
Fax: 91 538 21 21

SUSCRIPCIONES

Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID
Tel.: 91 384 17 15
Fax: 91 384 17 14

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XLIX, FASCÍCULO III
SEPTIEMBRE-DICIEMBRE, MCMXCVI**

MINISTERIO DE JUSTICIA
Centro de Publicaciones



MADRID, 1999

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la
suscripción en el registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

NIPO (BOE): 007-99-017-0
NIPO (M. de Justicia): 051-99-003-1
ISSN: 0210-3001
Depósito legal: M-126/1958

SECCIÓN DOCTRINAL

La imputación penal de la acción y de la omisión

PROF. DR. GÜNTHER JAKOBS

Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
en la Universidad de Bonn

SUMARIO: I. Formulación del problema: A) El planteamiento liberal: «la obligación originaria» y «el fundamento jurídico especial». B) Carencias del planteamiento liberal. C) La pérdida de la referencia teórico-social.—II. Instituciones: A) Libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias: 1. Fundamentación también para los mandatos: Deberes en virtud de una competencia por organización; 2. ¿Sustitución de mandatos mediante prohibiciones?; 3. Limitación también de prohibiciones: exclusión de la imputabilidad objetiva; 4. Conclusiones. B) Otras instituciones: 1. Planteamiento; 2. Deberes estatales; 3. Relaciones paterno-filiales; confianza especial.—III. La uniformidad de la fundamentación y delimitación de prohibiciones y mandatos.

I. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

A) El planteamiento liberal: «la obligación originaria» y «el fundamento jurídico especial»

El producto del trabajo, de la actividad dirigida a una meta, pertenece a quien lo crea. Así lo enseña Locke como fundador de la teoría de la

Traducción de JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (Ayudante científico del Prof. JAKOBS en la Universidad de Bonn). Título original, «Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen», publicado por la Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Geisteswissenschaften, Vortrag G 344, Opladen, Westdt. Verl., 1996.

propiedad más relevante de la época moderna, la teoría del trabajo: «El trabajo del cuerpo (del Hombre) y la obra de sus manos son... en sentido propio su propiedad. Así pues, lo que él modifica siempre del estado de cosas que la Naturaleza ha previsto y que ella ha dejado, lo ha mezclado él con su trabajo, y le ha añadido algo propio. Él la ha hecho así su propiedad.» (1). Esta teoría del trabajo referida a la propiedad no es una teoría del mundo exterior, sino una teoría de la imputación: También en el caso de que muchos quieran y puedan usar un efecto del trabajo, de todas formas la obra de sus manos –o la obra de aquéllos que trabajan para él (2)– debe pertenecer tan solo al trabajador; esta obra se le imputa como su labor. El acervo popular establece el mismo pensamiento de forma inversa: Quien no trabaja, que no coma (3). Quien quiera disponer de productos, debe pues trabajar. El omitir no produce nada.

Este punto de vista se aplica de igual forma al trabajo útil que al trabajo nocivo. Así, no se considera tampoco como prototipo del maleante a quien se cruza de brazos y espera, sino, antes bien, al que se muestra laborioso, si bien no de modo y forma socialmente útil, sino dañina. A esto hay que añadir, que cuando se trata de una omisión, la exigencia del proceso inquisitorial común (4) de la presencia perceptible del crimen en el corpus delicti sólo se puede satisfacer con dificultad; la herida remite directamente a quien la ha causado, y a lo sumo mediatamente, a una no evitación; en otras palabras, la herida remite a un trabajo –si bien, nocivo–. No es extraño pues que en la teoría de la imputación penal, la omisión, entendida como un no hacer, desempeñe durante siglos un papel tan solo periférico (5); éste ni siquiera se encuentra impregnado de una forma teórica, sino que en las pocas ocasiones en que la omisión no es pasada por alto se resuelve de forma pragmática según reglas de prudencia (*Klugheitsregeln*) (6).

(1) *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, ed. por EUCHNER, trad. por HOFFMANN, 4.ª ed., 1989, pp. 216 s. (Zweite Abhandlung V, § 27); así por ejemplo la recogida de frutos, desde este punto de vista fundamenta tan sólo propiedad porque se trata de un trabajo, *ibidem* p. 217 (§ 28); en cuanto a los límites, véase *ibidem*, pp. 218 s. (§ 31). Detallado y con amplias referencias, *Brocker, Arbeit und Eigentum*, 1992, pp. 125 ss.

(2) LOCKE (nota 1), p. 217 (§ 28): «También me pertenece lo que “mi siervo” ha conseguido trabajando».

(3) Véase *II Tesalonicenses* 3, 10.

(4) Véase HALL, *Die Lehre vom corpus delicti*, 1933, pp. 10 s. y *passim*.

(5) Respecto al derecho canónico, KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, 1935, p. 43 ff.

(6) DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, 1931, pp. 179 ss.; SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, 1930, pp. 56 ss.; véase también JASCHINSKI, *Die Entwicklung des Begriffs «Erfolg» in § 13 Abs. 1 StGB*, 1995, pp. 26 ss. Un déficit análogo en la actual construcción de la teoría sociológica es constatado por GESER, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 1986, pp. 643 ss., 644 s.

El punto de vista esbozado de todas formas nunca abarcó todos los comportamientos relevantes: ni todas las obras útiles, ni todas las nocivas. Hablando en términos ejemplificativos: En tiempos de escasez era una prestación productiva no emplear los cereales del Estado o el ganado de cría como alimento durante el invierno, esto es, omitir algo; y por lo que respecta a obras nocivas, se tenía siempre por algo delictivo si el vigilante no ponía sobre aviso a su amo del peligro, a saber, cuando omitía algo. Los delitos de omisión más antiguos del Derecho romano se referían al abandono de los deberes del cargo público (7). Pero tales sucesos eran tratados como casos marginales, y prácticamente se pretendía de esta forma resolver toda la problemática; sin embargo, si el Derecho penal ha de satisfacer también pretensiones teóricas, especialmente dogmáticas, no puede permanecer anclado en este punto de vista.

El empeño liberal que comienza alrededor de 1800, de que el Derecho penal ha de limitarse a asegurar las condiciones del mundo burgués (8), pero a la vez, de que esta protección se desarrolle entonces de forma efectiva, conduce a una teoría general tanto de la actividad punible como de la inactividad punible, esto es, a una Parte General del Derecho penal fundamentada teóricamente como es usual en la actualidad o, en todo caso, como debería serlo. Con ello se hace necesario al mismo tiempo establecer la responsabilidad por omisión de una forma restrictiva; en efecto, poco tiempo antes, el Derecho General Prusiano (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, 1794) había positivado un principio que se oponía claramente al entendimiento liberal de la Sociedad y del Estado, y que sobrevaloraba la punición de la omisión. Justo al comienzo de «los principios generales del Derecho» (§ 73, Introducción del Derecho General Prusiano) puede leerse lo siguiente: «Cada miembro del Estado está obligado a fomentar el bienestar y la seguridad de la existencia común, según la relación de su posición social y patrimonio.» La utilidad común como meta del Estado ya había sido formulada anteriormente por Christian Wolff. Según su doctrina, el hombre no está sólo «obligado (moralmente) a servir de diversa forma a los demás con su patrimonio, su trabajo, su ayuda y su ejemplo» (9); también jurídicamente, «en existencia común», se debe «cuidar de cómo se consigue que el otro ni emprenda lo que es contrario a la prosperidad común y seguridad, ni omita lo que para éstas es tenido por pro-

(7) HONIG en: GMELIN y otros (ed.), *Festgabe für Richard Schmidt*, 1932, pp. 3 ss., 7 s.

(8) «Protección de bienes jurídicos»; sobre esto, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 15 ss.

(9) CHRISTIAN WOLFF, *Vernünfftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen*, 4.^a ed., 1736, § 1 (citado según la reimpr. de 1975).

vechoso» (10). Tal meta del Estado abre las puertas de par en par a deberes de asistencia activa mutua y amenaza principios liberales de forma más grave si cabe, puesto que al Derecho General Prusiano le falta sin embargo una teoría dogmático penal que pudiese restringir tal meta.

Si bien encontramos ya en el mencionado cuerpo de leyes, en la Parte General del Derecho penal, un precepto sobre omisiones que establece que «también mediante la omisión libre de aquello que las leyes exigen de alguien, comete éste un delito» (§ 8 II 20); no es menos cierto que con tal fórmula no se puede solucionar el problema, como ilustra la existencia de una abultada casuística en la Parte Especial. Para aclarar esto, se exponen a continuación —de forma desordenada— algunos ejemplos de tales preceptos, los cuales de todas formas no contradicen en conjunto principios liberales:

Explícitamente se declaran punibles, por ejemplo, toda transgresión del servidor del Estado contra preceptos de la Administración, es decir, también la omisión contraria a dichos preceptos (§ 333 II 20), y la vigilancia negligente de los servidores del Estado, respecto de sus subordinados (§ 344 II 20); también delitos comunes: injurias por omisión (§ 583 II 20), o la omisión de la ayuda necesaria para salvar la vida de una persona que el autor previamente ha lesionado dolosamente (§ 818 II 20). De los diferentes deberes elementales clásicos se hace mención a dos; en primer lugar: «Si una parturienta dolosamente deja desangrarse a su hijo mediante la omisión de anudar el cordón umbilical, o le priva dolosamente de la asistencia y los cuidados necesarios: es considerada como asesina de su hijo» (§ 967 II 20); el segundo deber se refiere a la vigilancia del fuego; aquí menciona la ley igualmente una serie de delitos de omisión (§§ 1557 ss. II 20). Estos y otros preceptos parecidos tienen su complemento mediante un diluvio de normas penales que se asemejan a preceptos de los delitos de orden público, y que penalizan omisiones en multitud de ámbitos de la vida (§§ 10 s. II 17); por lo que se refiere a la vida y a la salud, su complemento lo encuentran en una cláusula general: «Cada uno está obligado a disponer su conducta de tal forma que ni mediante acciones ni mediante omisiones ponga en peligro la vida o la salud de otros» (§§ 691, 780 s. II 20). Este precepto es complementado de nuevo —si bien revestido con una pena mínima— mediante el mandato de salvar si es posible «a un hombre de las manos del asaltante o asesino, del peligro de ahogarse o de incendio, o de otro peligro para la vida» (§ 782 II 20), lo cual explícitamente se extiende también —y

(10) WOLFF (nota 9), § 217; la «prosperidad común» es «el adelanto sin trabas en logro de lo mejor para todos» que los miembros de la existencia común «pueden alcanzar por medio de las energías unidas» (§ 213).

en esto residiría su peculiaridad— a «la ayuda inmediata» para «casos de muerte aparente» (§ 785 II 20).

Los ejemplos mencionados no serían representativos sin la adición de una regulación en la Parte General del Derecho penal del Derecho General Prusiano: Quien ni impide ni denuncia un delito grave inminente debe ser penado, «cuando se le pueda probar que tenía conocimiento fidedigno del proyectado delito» (§§ 80 ss., 82 II 20). Este precepto se halla en la regulación de la «participación en el delito de otro» (§§ 64 s. II 20), lo cual hace alusión a su procedencia: Surgió de la responsabilidad del miembro de un colectivo por la totalidad de los hechos de éste, posteriormente, y debido al avance del principio de que la pena presupone culpabilidad individual, debió ser reinterpretado como responsabilidad por una omisión (11), esto es, precisamente responsabilidad por no impedir hechos de otros; este modelo encuentra todavía una regulación en el Código Penal alemán vigente en la actualidad (§ 138 StGB); en este sentido, el hecho de que tanto la pena de entonces como la de ahora, sea considerablemente superior frente a la simple omisión del deber de socorro (§ 782 II 20 Derecho General Prusiano; § 323c StGB), justifica la suposición de que debían ser también aprehendidos —conforme con la procedencia del precepto— casos de participación no probada o, por lo menos, otras formas de solidarizarse con el autor.

La visión general de la regulación que acaba de ser mostrada con estos ejemplos, se ve dificultada mediante un sistema de escala penal sumamente diversificado por niveles. A pesar de lo que establecía la Parte General (§ 8 II 20), la «la omisión libre de aquello que las leyes exigen de alguien» no siempre conllevaba ni mucho menos la misma consecuencia jurídica que una comisión. Así por ejemplo, la omisión contraria al deber por parte de la madre del cuidado del cordón umbilical conduce a la pena por asesinato, y no, en cambio, la omisión de ayuda frente a quién se encuentra en peligro de muerte por parte de un tercero cualquiera que vaya por un camino, y ello, a pesar de que esta ayuda también es exigida por la ley. Evidentemente las reglas de la Parte Especial no son generadas por el citado principio programático de la Parte General, sino por una práctica que no era consciente de la teoría dogmático penal que encerraba.

La situación jurídica así esbozada que reina en Prusia a partir de 1794, se problematiza hasta la actualidad en un doble sentido. En primer lugar, se trata de saber, con qué amplitud se encuentra el Estado legítimo para estatuir mandatos que favorezcan el bienestar de otro o la utilidad común, por ejemplo, obligar a alguien bajo pena —aunque ésta no

(11) DAHM (nota 6), p. 180; SCHAFFSTEIN (nota 6), p. 57.

sea igual a la de la comisión— a denunciar un delito que conoce o a ayudar en caso de necesidad; se trata pues de los límites del poder legítimo del Estado. En segundo término —y esta cuestión la pongo en un primer plano sin querer dejar de lado la primera— hay que decidir cuándo exactamente una omisión, siendo contraria al deber y debiendo ser punible, ha de tratarse como una acción; esta cuestión es denominada habitualmente —con una inexactitud, sin duda, criticable— la cuestión de la equivalencia de la omisión con la comisión.

La respuesta que Feuerbach poco después de 1800 da a las dos preguntas ha determinado la discusión hasta la actualidad. Para Feuerbach, el fin del Derecho penal es el mantenimiento tanto de los derechos del Estado como de los derechos de los «súbditos»; el hecho punible es violación del Derecho (12). «La obligación originaria del ciudadano» debe tan solo extenderse a que no se emprendan violaciones activas del Derecho. Según esta concepción, un deber de realizar actividades que eviten daños, esto es, que conserven el Derecho, presupone algo más que la «obligación originaria», a saber, «un fundamento jurídico especial»; de resaltar es pues que se trata de un fundamento jurídico: una obligación con carácter de eticidad no basta (13). Feuerbach menciona como posibles fundamentos especiales una ley o un contrato (14). Dicho en otras palabras, las violaciones del Derecho activas se encuentran ya en su conjunto prohibidas según la «obligación originaria», pero en cambio, la conservación del Derecho mediante acciones salvadoras se manda sólo en situaciones especiales, y entonces, eso sí, el mandato tiene la misma firmeza que la prohibición. Hablando en términos ejemplificativos: Nadie debe mediante su actividad matar o lesionar a otro, pero cuando la vida o salud de éste ya estén en peligro, solamente tiene que ser ayudado por aquellos que se encuentran especialmente obligados, so pena entonces estos de ser punibles por homicidio o lesiones según una pena que es igual a la del delito de comisión. La «obligación originaria» posee pues esencialmente un contenido negativo: ¡no lesiones!; lo positivo —ayuda al otro!— puede solamente sobrevenir por la concurrencia de un fundamento especial.

Este punto de vista de Feuerbach, que claramente procuraba separar una esfera jurídica entendida en un sentido liberal, de una esfera moral, se basa en la concepción de Kant. También el derecho, entendido como «suma de las condiciones, bajo las cuales el arbitrio de uno con el arbi-

(12) FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11.ª ed. 1832, § 23.

(13) Ya GROTIUS no consideraba suficiente una «*caritatis norma*»; *De iure belli ac pacis libri tres*, ed. por DE KANTER-VAN HETTINGA TROMP, 1939, lib. II, cap. XVII, § IX (aunque en un contexto de derecho civil).

(14) FEUERBACH (nota 12), § 24; desde la 2.ª ed. (1803).

trio del otro pueda ser integrado de acuerdo con una ley general de libertad» (15), tiene un contenido negativo, a saber, no perturbar al otro según la ley general de libertad en el ejercicio de su arbitrio; esta concepción del Derecho no contiene un deber de ayuda activa. En similares términos se expresa Fries: «Así pues, el mandato jurídico supremo es: Nadie debe transgredir la dignidad de la persona de los demás y la igualdad personal de alguien frente a todos», a lo que se añade inmediatamente después a modo de aclaración, que no hay mandato que se refiera a un trato positivo con los otros, sino sólo «si le trato, (hay) que respetar su dignidad» (16); se trataría pues de «deberes originarios negativos de omisión» (17). Lo mismo sucede en la teoría del derecho abstracto de Hegel. Si bien es cierto que la máxima «se una persona y respeta a los demás como personas» (18) no debe ser referida —en contra de Kant— a la «voluntad del individuo en su propio arbitrio», sino a la voluntad racional (19), no es menos cierto que no por ello se exige *a este nivel* (derecho abstracto) más, que mantener la relación positiva de que el otro sea tenido en cuenta, y este *mínimum* de positividad (20) también les era conocido a Kant, Fries y Feuerbach. El contenido principal es pues de nuevo negativo, a saber, «no lesionar la personalidad y lo que se deriva de

(15) KANT, *Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe tomo 6.º, 1907, p. 230. Ya PUFENDORF menciona como primer deber del Hombre frente a todos los demás el *ne quis alterum laedat*, y lo considera como el más fácil de cumplir, puesto que son requeridas tan sólo omisiones (sencillamente se deben reprimir *libidines*). Si bien a PUFENDORF no le eran desconocidos otros deberes (para el reconocimiento de la igualdad y de la humanidad), estos significan, empero, también una prohibición de lesionar: «... *a maxima parte mortalium nihil amplius ... desideramus*» (*De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*, 1673, libro 1.º, cap. 6, § 2, citado según la ed. de AYRMANNIUS, 1775). El argumento de que los deberes de omisión son de más fácil cumplimiento, lo menciona ya SANTO TOMÁS, *Summa theologica*, 2, 2, q. 89 a. 4: «... *facilius est abstinere a malo faciendo quam implere bonum. Ergo gravior peccat qui non abstinere a malo faciendo, quod est transgredi, quam qui non implet bonum, quod est omittere.*»

(16) FRIES, *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung*, 1803, citado según la reimprección de 1914, p. 14. La referencia a FRIES se la agradezco a mi ayudante Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES.

(17) FRIES (nota 16), p. 13.

(18) HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. GLOCKNER, tomo 7.º, reimpr. de 1952, § 36.

(19) HEGEL (nota 18), § 29.

(20) ¡Pero esto es de todos modos algo más que nada! El reproche de que HEGEL pensaba en este punto «en un concepto de persona totalmente separado de la intersubjetividad» (HÖSLE, *Hegels System*, tomo 2.º, 1988, p. 491) no es pues correcto; véase SIEP en: HENRICH (ed.), *Hegels Philosophie des Rechts*, 1982, pp. 255 ss., 258 s.; E. DÜSING, *Intersubjektivität und Selbstbewußtsein*, 1986, pp. 357 ss.; JAKOBS en: HAFT y otros (ed.), *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 459 ss., 460 con nota 4.

ella» (21). La consecuencia que el propio Hegel relaciona con este *status* de la persona, insuficiente y principalmente negativo, radicaliza con toda franqueza la doctrina de Feuerbach (y no pretende tener vigencia tan sólo jurídico-penal): «Sólo hay por lo tanto prohibiciones jurídicas, y la forma positiva de los mandatos jurídicos tiene, según su contenido último, como fundamento la prohibición» (22), o, por exponerlo como viene recogido en la segunda parte de los Principios de la Filosofía del Derecho, dedicada a la Moralidad, «el mandato jurídico es, de acuerdo con su determinación fundamental, una prohibición» (23) –es decir, de este modo no hay en Hegel «fundamentos jurídicos especiales» de ninguna clase que obliguen a prestar ayuda.

Este bosquejo muestra la siguiente situación filosófico-jurídica: La separación entre Derecho y Moral es equiparada a la separación entre prohibiciones y mandatos, entre delitos de comisión y de omisión. De todas formas, es verdad que en parte se formula, así por Hegel, que no se trata siempre de prohibiciones, sino sólo según el «contenido último» de las normas, o como por Fries, que «los deberes originarios» hay que formularlos a modo de prohibiciones; así pues, en el penúltimo nivel al que nos remontemos pueden haber también mandatos jurídicos, y lo contrario conduciría –como va a ser mostrado– a un naturalismo inadmisibles. De los mencionados autores, el que fue jurista y práctico, Feuerbach, sigue otro camino a la hora de reconocer la existencia de los delitos de omisión: según él, se podrían encontrar «fundamentos jurídicos especiales» que den lugar a mandatos genuinos. En todo caso la –ya siempre presente– dominación práctica de los delitos de comisión, puesto que en definitiva la configuración del mundo por lo general se produce mediante el trabajo y no mediante un no hacer, obtiene un fundamento teórico mediante el concepto liberal-burgués esbozado; fundamento, sobre el

(21) HEGEL (nota 18), § 38. Ya a la vista de los autores mencionados hasta ahora sorprende la afirmación de BIRNBACHER (*Tun und Unterlassen*, 1995, p. 118) de que «el consenso sobre la distinta significación moral en principio (de acción y omisión) en la tradición jurídica, no ha sido nunca explícitamente fundamentada». Lo que ocurre, es que sencillamente se ha intentado en forma abstracta la fundamentación para una Sociedad en sí de personas libres e iguales –como por BIRNBACHER, *passim*, en lo esencial–: Las personas libres e iguales tienen que sobrellevar por sí mismas los costes de la concesión de libertad y del uso de esa libertad; no en cambio, los que no son libres e iguales. Se puede discutir sobre el enfoque –por ejemplo: ¿es preferible solidaridad que libertad de iguales?–, pero antes del establecimiento o determinación del modelo social, en abstracto, sólo se pueden establecer provisionalidades. Otra cosa es que la diferencia entre acción y omisión se quede en lo externo (también en una Sociedad de personas libres e iguales), como BIRNBACHER acertadamente demuestra; pero sólo este conocimiento no ofrece todavía un modelo social en base al cual se pueda fundamentar positivamente la imputación. –Véase también nota 92.

(22) HEGEL (nota 18), § 38.

(23) HEGEL (nota 18), § 113 anotación.

que durante largo tiempo se edificará: el delito de omisión aparece como una excepción que requiere una legitimación más sólida que el de comisión.

B) Carencias del planteamiento liberal

Entre los citados autores, el hecho de que negarse a prestar ayuda voluntaria no sea injusto, sino una simple infracción moral no se encuentra realmente fundamentado, sino más bien presupuesto. Si no se toma como punto de partida al individuo que se administra por sí mismo, sino que se toma el beneficio de la Comunidad, o la hermandad que resulta de que todos los hombres son criaturas, o las condiciones de un Estado organizado de forma paternalista, se diluyen los límites entre Derecho y Moral, y el Derecho puede incluir muy probablemente deberes de prestar ayuda. Pero ni tan siquiera son necesarios tales modelos sociales que tienden a una solidaridad inmediata para reconocer a los demás un derecho a unos cuidados mínimos. Así por ejemplo en Fichte es condición de la propiedad de uno, que el otro pueda vivir de su trabajo, lo que conlleva la siguiente consecuencia: «Desde el momento en que alguien sufra necesidad, ya no pertenece a nadie aquella parte de la propiedad que se requiera como aporte para sacarle de la necesidad, sino que pertenece en derecho al que sufre tal necesidad» (24). Si se deja esto de lado y se continúa con el modelo individualista liberal de la índole de Kant, Fries, Feuerbach y del derecho abstracto de Hegel, no se puede comprender, el por qué deben existir excepciones, esto es, omisiones punibles de forma legítima, en caso de fundamentos especiales. En otras palabras, en tanto no se mencione el sistema que aclara tanto la regla («obligación originaria») como la excepción («fundamento jurídico especial»), existe una mezcolanza, pero no un orden. El planteamiento de Feuerbach es pues en sus resultados más contingente de lo que parece.

Asimismo, la inseguridad que resulta de la aplicación de este planteamiento se pone de manifiesto con la cuestión de cuál debe ser entonces el fundamento especial, y cómo tal fundamento armoniza con el de la responsabilidad en la comisión. Feuerbach menciona, como ya se dijo, «ley o contrato», pero ambos fundamentos apenas pueden satisfacer. Que exista una ley que obligue a una ayuda activa, no quiere decir ni que esa ley sea legítima, ni tampoco que la importancia del deber sea evidente, esto es, no dice nada sobre si la violación del deber supone un injusto equivalente al de la comisión, o si se trata de un injusto más débil —como en el caso de la omisión de denuncia de delitos o en el de la omisión del

(24) FICHTE, *Grundlagen des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre*, ed. por MEDICUS, 3.ª reed., 1979, p. 207 (II § 18 III).

deber de socorro—. Por lo que respecta al contrato la situación tampoco se presenta más afortunada; contrato es la voluntad «común», y no ya también por ello «en y por sí, universal» (25). Arbitrio común no otorga per se un fundamento para la pena estatal. A esto habría que añadir, que la ejecución de lo querido sería necesaria según fundamentos generales, lo cual precisamente no se garantiza sólo mediante el arbitrio de común acuerdo (26).

Con la mención a la ley y al contrato no se logra pues mucho, y en seguida se percibe que en Feuerbach falta un fundamento especial importante. Se suele designar como «ingerencia», con lo que se quiere decir, que aquel que introduce un peligro en una esfera de existencia ajena, debe neutralizarlo cuando amenaza con producir sus efectos (27). Sobre esto, expongamos un ejemplo tal y como era enunciado ya en el siglo pasado (28): Si un cochero con su carroza atropella dolosamente a una persona, las lesiones son por acción si es que él ha conducido la carroza contra su víctima. Sin embargo, si los caballos sin ninguna intervención corren hacia las personas, el cochero tiene que intervenir en forma salvadora, frenando o desviando a los animales. Si omite realizar esto, la valoración del supuesto —según la concepción de Feuerbach— debería depender de si una ley manda intervenir. Pero..., ¿por qué debería regular una ley tales trivialidades?

En cualquier caso, probablemente sea —junto a otras— una especie de responsabilidad por ingerencia en la que Hegel piensa, cuando según él, repito, «la forma positiva de los mandatos jurídicos», esto es, la norma que sirve de base a los delitos de omisión, tendría «según su contenido último como fundamento la prohibición» (29); en efecto, el mandato de actuar de forma salvadora, se puede formular en el ejemplo enunciado (si bien normológicamente de forma incorrecta pero seguro que todavía comprensible) como prohibición de abandonar el dominio sobre la propia organización y dejar que las cosas sigan su curso. Prohibiciones por

(25) HEGEL (nota 18), § 75.

(26) En la formulación acertado, SEELMANN, en: K. SCHMIDT (ed.), *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung*, 1994, pp. 85 ss. SEELMANN asigna al derecho privado sencillamente toda consideración que tenga que ver con una justicia distributiva (a donde por cierto también pertenece); pero el derecho privado coercitivo tiene sus raíces en el derecho público.

(27) STÜBEL, *Über die Teilnahme*, 1828, p. 61, de todos modos, para supuestos de comportamiento anterior punible; detallado, GLASER, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, 1858, pp. 289 ss., 299 ss.; con consideraciones, que son válidas hasta la actualidad, MERKEL, véase infra nota 49.

(28) GLASER (nota 27), p. 299.

(29) HEGEL (nota 18), § 38.

un lado, mandatos por otro, en todo caso, el que lanza por los aires a un niño en broma, está también obligado a cogerlo de nuevo, respondiendo sino según la pena del delito de lesión.

C) La pérdida de la referencia teórico-social

En el siglo pasado se produjeron diversos intentos de salir de esta situación algo intrincada, para lo cual, como era de esperar, se intentó siempre seguir el ejemplo del delito de comisión, aparentemente aquejado de menos inseguridades. Principalmente se trató de probar, que una omisión también podía ser causal para un resultado. Si hubiera tenido éxito esta prueba para todo tipo de omisión de una persona que podría haber impedido un resultado nocivo, desde luego que se habría demostrado suficiente; en efecto, entonces la omisión y la comisión –según el entendimiento de entonces– ya no se diferenciarían, y decaería el derecho a exigir todavía un «fundamento jurídico especial» como base de la responsabilidad (30). Pero esto último no era lo deseado. Por el contrario, la fundamentación de Feuerbach se consideraba concluyente, tanto en esos momentos como en los anteriores, y seguía vigente el principio por el cual, «en el mandato (se produce) una intromisión en el arbitrio de cada uno de mucho mayor calibre, que en la prohibición» (31). Así, los esfuerzos se concentraron –descuidando la ley como «fundamento especial»– principalmente en la ingerencia –que desde el fenotipo perceptible es más parecida a la comisión– y se unían la acción anterior con la omisión en un «todo» (32), sin poder aclarar de todas formas, por qué una acción anterior causal pero no dolosa, y una omisión no causal pero dolosa debían constituir un delito doloso homogéneo y no dos mitades hererogéneas.

Estos y otros esfuerzos conceptuales respecto de la causalidad (33), esto es, en encontrar el punto de Arquímedes por ejemplo en el reprimir

(30) Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 260 s.; WOLFF, *Kausalität durch Tun und Unterlassen*, 1965, p. 75.

(31) GLASER (nota 27), p. 385.

(32) GLASER (nota 27), p. 301. Mediante la omisión posterior el autor habría equiparado su comportamiento anterior «como si él hubiese realizado los actos preparatorios con mala intención»; LAMPE, *ZStW* 72, pp. 93 ss., 105 ss., en sentido parecido, se centra en un *dolus subsequens*. Después de que el problema de la causalidad de la omisión ha perdido relevancia, ya no son necesarios tales rodeos. –Sobre MERKEL, *infra* nota 49.

(33) Una clasificación detallada, así como referencias de la discusión, se encuentra en BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2.º tomo, 1.ª parte, 1914, pp. 516 a 546. Sobre la doctrina de ARISTÓTELES y su significado para la problemática actual de la «comisión por omisión», LOENIG, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, 1903, pp. 245 ss., 253.

la decisión de salvar, es decir, en una «acción interna» (34) o en aquella acción que el autor realizó en lugar de la ayuda (35), son sólo dignos de mención, puesto que todavía ponían de manifiesto los esfuerzos por desarrollar una teoría común de la imputación para acción y omisión –igual que sucedió con los intentos de los hegelianos de presentar las omisiones como una obra de la voluntad y con ello aprehenderlas junto con las acciones bajo un concepto de acción (36)–. Pero tales intentos (37) no ofrecen la clave para el siglo XX; son en cambio, –por así decirlo– barridos por el punto de vista positivo-naturalista generalizado en el último tercio del siglo, para el cual algunos, con su fijación por el problema de la causalidad, ya habían preparado el terreno. Así, la cuestión de los contornos de la obligación originaria perdió su interés en un positivismo que se había vuelto seguro de sí mismo –la legitimidad del derecho positivo ya no se ponía en duda–, y de lo único que se hablaba en Derecho penal era de la teoría de los elementos de un delito. Por lo que respecta a esos elementos, Radbruch (1904) demostró, que entre la acción y la omisión no existe un denominador común, y que especialmente las retorcidas construcciones en torno a la causalidad no comportan denominador común alguno, de tal forma que acción y omisión deben seguir sus propias reglas.

Esto último ya lo había afirmado Feuerbach al subrayar lo específico de la omisión mediante el «fundamento especial». Pero en Radbruch no se trata de esta particularidad normativa, sino de una naturalista. Al contrario que la acción, así Radbruch, la omisión no conoce de voluntad, por cuanto se entendía por ésta una voluntad meramente naturalista, precisamente como hecho psíquico (38), –y en efecto, puede ser que a aquel que se queda mirando como otro muere, no le suceda psíquicamente nada más que eso: precisamente el mirar–. Además el omitente no produce ningún hecho. También esto se encuentra fuera de toda duda, pues-

(34) En estos términos era planteada todavía la cuestión por BINDING (nota 33), pp. 546 ss., 555 ss., 557.

(35) LUDEN, *Abhandlungen aus dem Strafrecht*, tomo 1.º, *Über den Versuch des Verbrechenens*, 1836, p. 474; sobre esto, GLASER (nota 27), pp. 379 ss., VON BUBNOFF, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, 1966, pp. 88 ss., 98 ss.

(36) Una clasificación se encuentra en VON BUBNOFF (nota 35), pp. 46 s. (HEGEL), 61 (KÖSTLIN), 74 s. (BERNER), 86 s. (HÄLSCHNER), 98 (LUDEN). Sobre las teorías actuales análogas, que se centran en un «efectuar» mediante el omitir: WOLFF (nota 30), pp. 33 ss.; KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1990, pp. 306 ss.; MATT, *Kausalität aus Freiheit*, 1994, pp. 200 ss.

(37) Respecto a la legislación, véase CLEMENS, *Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch*, 1912, pp. 17 ss.

(38) RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, pp. 132 ss.

to que Radbruch entiende por hecho un movimiento corporal voluntario con sus consecuencias, y tal movimiento puede que acompañe a la omisión —el omitente siempre hace algo, a no ser que justo en ese momento esté sin conocimiento o dormido—, pero no la fundamenta (39). Por último a la omisión le falta la causalidad para el resultado (40), en tanto se entienda por causalidad, con Radbruch, que mediante una transformación en el espacio y en el tiempo se condiciona una nueva transformación; puesto que en efecto, una omisión no transforma nada en una situación, dejándola precisamente igual que está. La conclusión reza: «La omisión no sólo no tiene en común con la acción los elementos de la voluntad, el hecho y la relación de causalidad entre ambos, sino que se agota precisamente en negar tales elementos.» Por ello, «igual que no pueden englobarse en un supraconcepto posición y negación, a y no a, no pueden ser comprendidas en un supraconcepto acción y omisión...» (41).

De todas formas, Radbruch tampoco duda de la punibilidad de algunas omisiones, y precisamente por ello hay que plantear la cuestión de por qué ha ser jurídicamente de mayor interés que la omisión y la acción se comporten como a y no a, que —hablando en términos polémicos— la circunstancia de que unos autores sean calvos, otros por el contrario por pelo, circunstancias que, de nuevo, se comportan entre sí como un a y no a. Voluntad, hecho y causalidad sólo existen en la acción, pero también sin voluntad, ni hecho, ni causalidad puede existir un comportamiento delictivo: precisamente, una omisión. ¿Por qué apunta pues Radbruch el mencionado estado de cosas? Jurídico-penalmente no interesa, o en cualquier caso no interesa en primer término, el contexto psicológico, sino el social, y en este contexto encuentran su sitio tanto voluntad como el simple dejar que suceda, hecho como omisión, causalidad como no salvar; sin embargo, tal contexto apenas es aprehendido cuando el comportamiento imputable se desglosa en elementos naturalistas, al igual que cuando Feuerbach aprehende tal contexto con su relación de regla-excepción, esto es, por un lado de «obligación originaria» y por otro, de «fundamento jurídico especial», aunque por lo menos Feuerbach argumenta en un nivel normativo, mientras que los intereses de Radbruch se centran tan sólo en la física, o mejor dicho, en la mecánica del comportamiento.

Algo más de medio siglo después de Radbruch se radicaliza su concepción. Si bien es cierto que ya no se trata de elementos del delito entendidos en un sentido naturalista, sino de «estructuras lógico-materia-

(39) *Ibidem*, p. 137 s.; sobre el punto de vista discrepante —ya superado—, véase supra, la teoría del actuar de otro modo (nota 35).

(40) *Ibidem*, p. 132; sobre esto, de forma más detallada, Armin KAUFMANN (nota 30), pp. 57 ss.

(41) *Ibidem*, p. 140.

les», lo que quiere decir, que entre la «estructura» y un «nivel valorativo» existiría una «coordinación necesaria» (42), no es menos cierto, y esto es lo decisivo, que se examina la «estructura» de un comportamiento individual y no aquella estructura de la Sociedad que imputa. Por ello, el más perspicaz de los autores, Armin Kaufmann, tampoco plantea la cuestión en términos de qué tienen en común acción y omisión, donde ambas formas de comportamiento pueden ser imputadas, sino que la plantea en términos de la comprobación «lógico-material» de la psicomecánica. Y según ésta, dice Kaufmann, decae, junto la voluntad, también la posibilidad de hablar de dolo típico; también falta la posibilidad de un dominio del hecho, de tal modo que las formas de tratar la intervención omisiva y la intervención en la omisión deben desligarse de las de la intervención activa y de las de la intervención en una acción; lo mismo sucede con la tentativa, y demás (43). Los pormenores pueden dejarse aquí de lado: en cualquier caso, tampoco la sustitución del naturalismo por una «lógica-material» orientada en forma psicomecánica logra una respuesta a la cuestión de qué tienen en común relevante socialmente ambas formas de comportamiento, es decir, cuándo y por qué omisiones han de ser punibles como comisiones. Dicho de forma más breve, a las estructuras lógico-materiales les falta el contexto social.

A quien esta crítica le parezca pedante teniendo en cuenta la sutileza de las «estructuras lógico-materiales» señaladas, se le pueden aclarar las consecuencias de la concepción esbozada mediante el ejemplo de un viaje en automóvil: En estos casos se trata de un continuo cambio de acción y omisión: de conducir, acelerar, cambiar, no torcer, dejar que ruede, etc., a cuyo efecto alguna de estas cosas depende del tipo de vehículo de que se trate; un vehículo con cambio o aceleración automáticos disminuye la acción e incrementa la omisión. Y esta amalgama, que en la vida cotidiana resulta obvia (44)... ¿debería –según la opinión vista– de ser analizada en detalles cuando se realiza una valoración jurídica, detalles que, y de esto dependería la problemática, cuando son acciones deberían seguir distintas reglas que cuando son omisiones? Y cuando el acompañante del vehículo le dice al conductor que acelere, ¿tiene que tener otras consecuencias que cuando le dice que no frene? (45) ...problemas cotidianos tienen que poder resolverse de forma más sencilla.

(42) Armin KAUFMANN (nota 30), p. 17.

(43) Armin KAUFMANN, (nota 30), pp. 110 ss., 186 ss., 204 ss., 239 ss.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, pp. 204 ss.

(44) Sobre el intercambio de acción y omisión mediante reorganización, acertado, PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, 1974, pp. 132 ss., 140 ss.

(45) Armin KAUFMANN (nota 30), p. 190 ss.; WELZEL (nota 43), p. 206.

II. INSTITUCIONES

A) Libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias

1. *Fundamentación también para los mandatos: Deberes en virtud de una competencia por organización*

El punto de partida para la solución de una parte del dilema se encuentra ya en la afirmación de Hegel –mencionada ya en diversas ocasiones– de que hay «mandatos, que según su contenido último (se fundamentan) en una prohibición» (46). Lo que se quiere decir con ello no es especialmente difícil de descifrar:

En Derecho penal es habitual entender normas, no como expectativas institucionalizadas, sino como imperativos dirigidos a personas, o más exactamente, a la psique de personas. Desde este punto de vista una prohibición debe impedir la formación de un motivo que conduzca a una determinada actividad; un mandato, por el contrario, debe motivar precisamente a una determinada actividad. Si dejamos de lado ahora los excepcionalísimos casos de movimientos convulsivos, de movimientos reflejos y otros parecidos, se deduce la siguiente situación: una prohibición, si es que surte efecto, también impide, junto con el motivo determinado, una determinada actividad corporal, mientras que al contrario, un mandato causa, junto con el motivo determinado, una determinada actividad corporal. Prohibiciones y mandatos dirigen pues, cuando producen efectos, un sistema psicofísico que termina –de dentro a fuera– en la piel del cuerpo (más exactamente: con los músculos que son influenciables mediante nervios). Si este modelo es especialmente afortunado o si es una construcción elegante, debe ser dejado de lado aquí –en cualquier caso es el modelo dominante en Derecho penal– (47). Órdenes de dirigir el mundo exterior más allá del cuerpo tienen que ser siempre enviadas a través del –*sit venia verbo*– aparato psicofísico. Si por ejemplo una persona va a caer sobre un niño aplastándolo, el imperativo reza, si es que la persona va a arrollar al niño, «deja ese movimiento», pero si aquél por infortunio va a caer encima de éste, el imperativo rezará «sostente».

Ambas órdenes radican en un fundamento, que formulado por su parte como orden podría enunciarse: «¡Tu cuerpo no debe aplastar a un niño!». La legitimación para esa orden fundamental resulta evidente: La

(46) HEGEL (nota 18), § 38.

(47) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo 1.º, 4.ª ed., 1922, p. 123; Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 102 ss.

exclusiva facultad de disposición de la persona libre sobre su propio cuerpo, que en la concepción liberal es obvia, obliga como sinalagma al deber de cuidar de la inocuidad del mismo; pues, sin merma de la libertad de esa persona nadie podría asumir de otra manera este cuidado. La unión del arbitrio de uno con el arbitrio del otro según una ley general de libertad se produce bajo la condición de que las personas se manejen libres con su cuerpo (48), esto es, no sólo mediante prohibiciones jurídicas, sino que también tiene que incluir mandatos jurídicos, precisamente aquellos, de cambiar la situación del cuerpo mediante una actividad si es que en caso contrario amenaza un daño para el otro. Evidentemente tales mandatos no tienen nada que ver con un comportamiento solidario, no requieren pues un «fundamento jurídico especial», sino que son parte de la «obligación originaria».

El dominio exclusivo de la persona libre sobre su cuerpo no es de todas formas la única circunstancia por la que pueden haber mandatos dentro de la «obligación originaria». En una Sociedad de propietarios libres y de titulares de derechos, las personas conforman, también más allá del cuerpo, ámbitos de organización propios, cuya administración les es concedida únicamente con exclusión de los demás. Tales ámbitos de organización incluyen objetos materiales, v. gr. un terreno, una casa, un automóvil, o también el uso de derechos, por ejemplo el derecho de desplazarse en automóvil por las vías públicas en el marco del uso común. En sinalagma por esta libertad (49) existe de nuevo el deber de mantener el ámbito de organización en una situación inocua, ya sea no motivándose el titular –siguiendo una prohibición– a una configuración peligrosa, ya sea eliminando él de nuevo mediante medidas apropiadas tal configuración si es que ya ha aparecido –esto es, siguiendo un mandato–. Así pues, cada cual debe dirigir activamente a una situación distinta, no sólo su cuerpo, sino también por ejemplo un automóvil condu-

(48) KANT, nota 15.

(49) MERKEL fue el primero que formuló este amplio sinalagma de forma clara, al que ya GLASER (nota 27, pp. 299 ss.) se había aproximado; *Kriminalistische Abhandlungen*, 1.ª parte, 1867, pp. 76 ss., 81 s.: Las omisiones conllevan en este sentido responsabilidad «cuando nosotros hemos puesto en peligro la integridad de los demás de forma imputable mediante el comportamiento previo». En especial, MERKEL percibió acertadamente que un comportamiento anterior que sea a todas luces socialmente adecuado no conlleva deber alguno (p. 83, argumentando así en contra de GLASER, pp. 84 ss.). Sin embargo, MERKEL –al igual que GLASER– no consiguió liberarse del pensamiento del comportamiento anterior causal (y así, no vio que el comportamiento anterior puede ser una omisión), y de esta forma acota su concepción de los deberes de solidaridad, que él tiene que encuadrar en su totalidad como delitos propios de omisión (dispuestos por la ley y no necesariamente iguales a la comisión; «Omissivdelikt»). Véase también MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, ed. por LIEPMANN, 1912, pp. 133 ss.

cido por él o un fuego por él encendido, cuando en caso contrario amenazan daños. La «obligación originaria» tiene pues como contenido pagar el precio de la libertad, a saber, mantener el propio ámbito de la libre organización —de la forma que sea— en una situación inocua para los demás. Junto a la prohibición «no daños», aparece pues un mandato, que es independiente del deber que señalaba Wolff de «servir de diversa forma a los demás» (50) y cuyo enunciado es: «Elimina peligros que surjan de tu ámbito de organización».

Respecto de los mandatos en virtud de una competencia por organización entran en primer lugar en consideración los llamados deberes de aseguramiento en el tráfico. Quien domina un objeto material debe cuidar de que los contactos de otras personas con el objeto permanezcan indemnes. Todo propietario de una casa sabe del mandato de asegurar que las ripias no caigan del tejado; todo dueño de un arma conoce el deber de no dejarla accesible a personas sin autorización, y todos tienen que soltar objetos frágiles, cuando sienten que van a sufrir un ataque convulsivo.

Tales deberes de aseguramiento pueden también nacer especialmente de un determinado comportamiento anterior; entonces hablamos, como ya se mencionó, de ingerencia. Tampoco aquí apenas darán lugar a dudas los casos básicos de la vida cotidiana. Un cochero debe parar o desviar su vehículo cuando en caso contrario una persona resultaría atropellada; quien excava una zanja en una calle pública, tiene que asegurarla de tal forma que nadie caiga en ella, y quien hace una hoguera en el monte debe de nuevo también apagarla, y en verdad, en todas estas ocasiones en virtud de su competencia por organización y no, por razón de solidaridad.

La responsabilidad por ingerencia resultará problemática, cuando el curso dañino ha abandonado el ámbito de organización del competente, o incluso quizá ya ha alcanzado el ámbito de la víctima; ya no se trata entonces del mero aseguramiento de que una organización no produzca un output dañino, sino de la revocación de un output que ya ha sucedido; a diferencia que en el aseguramiento, en estos casos puede que varias personas tengan de forma concurrente la competencia de la revocación, o del salvamento de una organización ajena ya perturbada (51).

(50) WOLFF, nota 9.

(51) WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage der Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, pp. 209 ss.; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, pp. 294 ss.; SEELMANN en: NEUMANN y otros (ed.) *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1995, § 13 not. marg. 117 s.; FREUND, *Erfogtsdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 180 ss.; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2. ed., 1991, 29/38 ss. con más referencias. En contra, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 281 ss. Respecto a los deberes de salvamento en la comisión, véase la nota 77 [y allí, lo referido en el apartado b)].

Hablando en términos ejemplificativos: Nadie duda del deber de un conductor de frenar su vehículo ante un peatón que cruza la calle, y en verdad tampoco, aunque el peatón esté cruzando de forma prohibida; una violación dolosa del deber sería un homicidio por omisión; pero cuando ya se ha producido un accidente, y la víctima amenaza con desangrarse, se puede discutir si al conductor le incumbe el conseguir ayuda o es incumbencia de la policía, o se puede discutir también si nadie se encuentra obligado con el peatón –al menos nadie obligado bajo la pena de homicidio por omisión– por ejemplo, cuando este último haya actuado de forma contraria a su obligación y todos los demás se hayan comportado correctamente.

Hay buenos motivos para no gravar con un deber de salvamento a todo el que ha causado un accidente, pero sí, a quien lo ha causado mediante una organización antijurídica (52), y también a quien ha organizado una actividad permitida pero peligrosa, y en verdad, en tanto el suceso no le incumba a otro prioritariamente (53). Una fundamentación sucinta sería: Quien organiza algo prohibido, debe evitar daños como mejor pueda, y quien organiza tan sólo algo peligroso, de la misma manera debe evitar los daños, a no ser que otros hayan organizado algo de más importancia que lo simplemente peligroso. Se trata de nuevo del sinalagma de la libertad de organizar y el deber de evitar daños. En nuestro ejemplo esto significa que el automovilista debería ayudar al peatón al que ha atropellado por accidente –la conducción de automóviles es, en efecto, una organización peligrosa–, pero no cuando el peatón, por su parte, se ha comportado incorrectamente (54). No se trata en el presente contexto de señalar los límites exactos de la responsabilidad por ingerencia (55), baste en cambio como conclusión que esta responsabilidad, allí donde quiera que termine, resulta en cualquier caso del ser incumbente a causa de una organización, esto es, resulta de la «obligación originaria» y no de «un fundamento jurídico especial».

Lo mismo es válido para el deber en virtud de la asunción de una tarea –que en el marco de la competencia por organización no debe ser ol-

(52) GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, 1989, pp. 88 ss.; RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, pp. 157 ss., 163 ff.; (respecto de una fundamentación de la ingerencia mediante algunos comportamientos conformes a derecho, véase sin embargo, RUDOLPHI en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6.ª ed., 1994, § 13 not. marg. 40 a).

(53) Así también en el fondo, a pesar de haberlo formulado en forma diferente, BGH 37, pp. 106 ss., 114 ss. (responsabilidad por el producto).

(54) Así también, BGH 25, pp. 218 ss., 222 ss.

(55) Referencias detalladas en JAKOBS, (nota 51), 29/38 ss.

vidado— (56), y que habitualmente —de forma poco afortunada— es designado como deber en virtud de un contrato. En los casos de asunción no sólo es relevante la promesa de una prestación, sino también el abandono de otras medidas de protección que se produce como consecuencia de la promesa; el que asume organiza pues, mediante su promesa, una aminoración de la protección y debe compensar esta menor protección. El panorama de casos abarca desde la niñera hasta el guía de montaña, y no presupone un contrato válido. También la niñera menor de edad, que se dedica a ello sin la aprobación de sus representantes legales, está penalmente obligada a ayudar en caso de necesidad al bebé dejado a su cuidado; y quien comienza a guiar en la calle a una persona débil no debe interrumpir su ayuda en medio del hervidero de automóviles. El fundamento de tal responsabilidad es pues únicamente la organización imputable de una aminoración de la protección.

2. ¿Sustitución de mandatos mediante prohibiciones?

Para concluir esta parte queda por aclarar, si no se podrían reformular en prohibiciones la totalidad de los mandatos que resultan de la competencia por organización. Esto sería posible, pero entonces debería ser de nuevo determinado el destinatario del imperativo.

Como ya se señaló, en Derecho penal lo habitual es dirigir o destinar los imperativos a una persona como sistema psicofísico. El motivo para esta destinación es, en primer lugar, que el imperativo debe producir una influencia psíquica, y en segundo, que sin movimiento corporal no existe un hecho exterior (*cogitationis poenam nemo patitur*). Por ello el imperativo reza para las prohibiciones, que no debe formarse un motivo determinado con la consecuencia de una determinada actividad; para los mandatos en cambio, que debe ser producido precisamente un movimiento corporal motivado. Cómo logre la persona formar los motivos con la correspondiente actividad como resultado, o cómo logre no formarlos es, en principio —esto es, exceptuando situaciones de exclusión de la culpabilidad o disculpantes— asunto suyo. Si existe por ejemplo una tremenda inclinación a cometer un delito mediante una actividad, de todas formas el imperativo sigue enunciando que la persona no debe formar el motivo que conduzca a esa actividad (una prohibición), y no por ejemplo, que la persona deba formar contra-motivos en contra de tal inclinación (un mandato). El sistema psicofísico es tratado pues como una *black box*, en la que se encuentra siempre disponible un quantum suficiente de disposición para el seguimiento de la norma; en tanto el siste-

(56) STREE en: GEERDS y otros (ed.), *Festschrift für H. Mayer*, 1966, pp. 145 ss.; respecto a la asunción en la comisión, véase nota 77 [y allí, lo referido en el apartado b)].

ma no produzca movimientos corporales motivados incorrectamente, funciona todo en orden en caso de imperativos prohibitivos, e igualmente, y si se trata de mandatos, funciona todo en orden cuando se produce la actividad motivada acertadamente; sin embargo, si se produce un movimiento corporal motivado incorrectamente, se trata siempre de una actividad contraria a la prohibición –sin atender a las «luchas internas» anteriores–, del mismo modo que siempre nos hallamos ante una violación del mandato cuando falta la actividad motivada correctamente. Psicológicamente puede parecer este punto de vista no plausible. Así, como es sabido, el resistirse ante un vicio inveterado de hacer algo prohibido supone un esfuerzo inmenso. Pero esta prestación no interesa a la hora de realizar la imputación jurídico-penal, puesto que el Derecho penal no trata de distinta manera a quien vence con enormes esfuerzos una inclinación al delito, que a quien de todos modos no le interesa tal delito: ambos cumplen con su deber. Lo mismo ocurre cuando se trata de mandatos: quien solamente con todas sus fuerzas puede lograr satisfacer el deber de realizar una actividad, se encuentra jurídicamente como aquel que se siente inclinado a ello. Este punto de vista se podría entender como una radicalización de la separación *kantiana* de Legalidad y Moralidad (57): En caso de comportamiento correcto no sólo no interesan los resortes que producen el impulso (*Triebfeder*) sino tampoco las completas circunstancias en las que se produjo la impulsión (*Antriebslage*).

La determinación del destinatario en la forma que se acaba de esbozar no es la única posible. Así, se podrían sumar al destinatario como parte de su persona también su propiedad, sus derechos y su comportamiento; la destinación se dirigiría entonces no ya a la cabeza tan sólo del cuerpo, sino a la cabeza del completo ámbito de organización. Formulado de otra manera: El imperativo se podría dirigir en vez de a una persona como sistema psicofísico, también a la persona como ámbito de organización, con la consecuencia de que toda configuración dañina del ámbito de organización infringiría una prohibición. Si estuviese por ejemplo prohibido que una persona que conduzca un automóvil –ésta, entendida como sistema psicofísico más el automóvil por él conducido– atropellase a un transeúnte, ya no interesaría cómo hay que cumplir con la prohibición, al ser un suceso que ocurre dentro de la *black box*: Si la prohibición se cumple mediante una actividad del sistema psicofísico (mediante frenar) o sin tal (el vehículo de todos modos rueda solo hasta pararse) sería indiferente. Toda configuración dañina del ámbito de organización estaría prohibida de la misma manera que en el modelo habitual lo está toda actividad dañina motivada. Según este punto de vista, no

(57) KANT (nota 15), p. 219.

quedaría lugar para mandatos que resultan de una competencia por organización.

De todos modos, este nuevo modelo que se acaba de esbozar enseña algo: la dependencia del contexto de aquello que es llamado prohibición o mandato. Por lo demás, no ofrece en el campo del Derecho penal ventaja alguna, pero sí el inconveniente de una escasa claridad. En otros contextos, por ejemplo a la hora de juzgar ámbitos de organización muy desconocidos (Estados, consorcios), que son administrados en forma anónima, puede ofrecer ventajas.

3. Limitación también de prohibiciones: exclusión de la imputabilidad objetiva.

Si en virtud de la «obligación originaria» también existen mandatos, la tesis de Feuerbach es equivocada, por lo que podría surgir la duda de si el resto de sus planteamientos también lo son. ¿Precisará la «obligación originaria» quizás también de una interpretación cuando se trata de prohibiciones? Feuerbach se refiere con una cierta ingenuidad a las prohibiciones, como si respecto de ellas constase que no pueden bajo ningún concepto obligar a un comportamiento solidario, es decir, como si no sobrepasasen nunca el marco de las relaciones negativas. Pero tal punto de vista equivoca su objeto profundamente; en efecto, Feuerbach y los autores que le siguen presuponen evidente un determinado contenido de las prohibiciones entre muchos de los posibles, a saber: dejar a los demás en su libertad. Pero tan pronto como –en beneficio de los demás– se prohíbe hacer uso de la propia libertad –se podría pensar en la prohibición de abandonar la casa o de proceder con cosas propias según se quiera– se trata –a la vez que de prohibiciones– de deberes de solidaridad.

Para una aclaración exacta hay que señalar en primer lugar que en todo curso dañino ya participan en teoría un mínimo de dos personas: un autor y una víctima; en la práctica, se pueden encontrar, casi sin excepción, también terceros que de alguna forma hayan influido en el curso del suceso. Por tanto siempre entran en consideración varios ámbitos de organización, en los que puede ser encontrada la razón determinante para el curso dañino. Un ejemplo sencillo puede servir para aclararlo: Un comerciante apaga por la noche la iluminación de su escaparate, la cual alumbraba la calle considerablemente. La iluminación viaria pública alumbraba el accidentado pavimento tan sólo pobremente; como era de esperar –porque algo parecido ya había pasado más veces– un transeúnte se tropieza y se hiere. ¿Quién ha organizado el curso dañino? El vendedor ha dejado a oscuras la calle que se encontraba iluminada, pero la iluminación urbana es asunto del Municipio; por otra parte se podría perfec-

tamente discutir, si el Ayuntamiento tiene la función de iluminar el camino a casa de todo trasnochador.

Un curso dañino puede por tanto basarse en un comportamiento defectuoso del autor (del comerciante), o de un tercero (jefe de la Administración Municipal), o en una falta de cuidado de la propia víctima (del trasnochador) o bien, y si es que todos se han comportado correctamente, la propia víctima deberá soportar el daño como un infortunio: *Casum sentit dominus*. Como muestra este ejemplo cotidiano, una prohibición –tomada al pie de la letra– consistente en no dañar a otros mediante una actividad no dejaría siempre la relación entre el autor y la víctima en algo negativo; una prohibición con el contenido: «antes de que todos los trasnochadores estén en casa, no debe apagarse la iluminación de los escaparates» contendría, en cambio, un deber de solidaridad con los trasnochadores, por lo que seguro que no sería parte constitutiva de la «obligación originaria», sino, antes bien, sería tan sólo legítima con un «fundamento jurídico especial», y tal fundamento no puede encontrarse en una Sociedad que ha sido constituida de forma liberal.

Esta problemática es muy tratada en la moderna discusión bajo la denominación de «imputación objetiva» (58); con ello no se hace referencia solamente a que la evitabilidad subjetiva de un curso dañino determina la imputación (en caso contrario debería responder el comerciante de nuestro ejemplo, –él ha podido ver venir el accidente–), sino a que la evitación debe ser también objetivamente tarea de la persona, si es que ésta ha de responder penalmente. La limitación de la responsabilidad se deduce de la idea que aquí es correcta de que no es deber de una persona preocuparse de todo resultado de su comportamiento, sino que algunos resultados caen en el campo de las tareas de terceras personas o de la propia víctima o, en su caso, esta última tiene que soportar tales resultados como un infortunio, ya que de otro modo la libertad de comportamiento quedaría asfixiada en favor de una sociedad exageradamente cuidadosa por todas partes. La «obligación originaria» en su parte prohibitiva (puesto que, como se mostró supra, tal «obligación originaria» comprende también mandatos, a saber: los deberes de actuar en virtud de una competencia por organización) no se encuentra pues correctamente descrita cuando se la especifica como prohibición de la causación de un curso dañino; antes bien, en esta parte prohibitiva se trata únicamente de evitar aquellos cursos que sólo pueden ser aclarados remitiendo a la propia libertad de organización, los cuales por tanto, y for-

(58) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988; ROXIN, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., 1994, 11/36 ss.; RUDOLPHI (nota 52), nota marg. 50 ss. previas al § 1; JAKOBS (nota 51), 7/35 ss.; crítico, HIRSCH, *Universität zu Köln-Festschrift*, 1988, pp. 399 ss., 402 ss.; KÜPPER, *Grenzen der normativen Strafrechtsdogmatik*, 1990, pp. 83 ss.

mulado en forma negativa, no han de ser aclarados mediante la libertad de organización de las demás personas.

Los supuestos de riesgo permitido son sin duda los casos de más importancia en los que falta la imputabilidad objetiva de un comportamiento (59). De ningún comportamiento humano pueden excluirse con certeza prolongaciones desafortunadas como consecuencia a su vez de constataciones desafortunadas: Todo apretón de manos podría transmitir una enfermedad; todo viaje en avión o en coche puede acabar en accidente; un niño puede sufrir un percance cada vez que va de camino al colegio; todo nuevo producto podría encerrar peligros desconocidos, e incluso medidas de autoprotección, como vacunas preventivas, pueden ocasionar en el caso concreto más perjuicios que ventajas. Pero una prohibición de estos y otros comportamientos comparables suprimiría evidentemente la libertad de comportamiento. Esto también es válido para la libertad de omitir: A aquel que por precaución permanece en la cama por la mañana puede precisamente por ello pasarle inadvertido que la armadura del tejado está ardiendo. Si ha de ser por tanto posible la libertad de comportamiento, se debe exigir a la víctima que acepte los resultados de tal comportamiento como su infortunio; —como compensación, la víctima participa también de las oportunidades que ofrece la libertad de comportamiento— (60).

No es que se objete, que una responsabilidad, en tales casos, estaría abocada al fracaso puesto que no se podría pronosticar el peligro con una densidad suficiente como para decidir. Esto puede ser correcto a lo sumo en el caso concreto, pero no es válido cuando se trata de grandes empresas en las que se administran gran cantidad de casos. Por ejemplo, en la producción de un automóvil o al establecer una gran obra de construcción se pueden calcular —y por cierto, con material estadístico relativamente sencillo— el número de muertos y heridos que se esperan, y esto en una cuantía, en sí, suficiente para decidir (para seguros de accidente esto es una tarea diaria). Pero también aquí —hablando figuradamente— se asientan estos resultados no en la cuenta del administrador de la empresa, sino en la de los costes inevitables de un mundo tecnificado (61).

(59) Referencias detalladas en FRISCH (nota 58), pp. 90 ss. (FRISCH trata el riesgo permitido como producto de una ponderación racional, pp. 72 ss., 76, pero en realidad, es, en parte, algo que simplemente ha sucedido históricamente; igual que FRISCH, FREUND [nota 51], p. 51 ff.); JAKOBS (nota 51), 7/35 ss.; ROXIN (nota 58), 11/36 ss.

(60) De todas formas, esto no significa que no se pueda, dentro del riesgo permitido, diferenciar entre un riesgo base y un riesgo acrecentado, y que a aquel que haya organizado este segundo riesgo no se le pueda gravar con una responsabilidad civil de peligro. La evitación de lo permitido, sin embargo, no pertenece penalmente a la «obligación originaria», en tanto no se vislumbren daños.

(61) Y esto sin garantía de que en este punto se produzcan también ventajas paralelas. Así por ejemplo, la producción de un ligero descapotable conlleva tan sólo ventaja para una cosa: para la libertad de comportamiento.

Ni el riesgo permitido ni ningún otro instituto de la imputación objetiva se encuentra específicamente limitado a la imputación de actividades; al contrario, la necesidad de su traslado al campo de la omisión resulta evidente: Quien puede iniciar activamente una tarea riesgosa permitida, no tiene que impedirla, si tal actividad se produce sin su intervención. Ejemplificativamente: A quien está permitido mandar al niño por un camino no del todo seguro al colegio, tampoco tiene que actuar si el niño se marcha solo por el camino.

De los otros subinstitutos que determinan una exclusión de la imputación objetiva, habría que mencionar –sin pretensión de exhaustividad– todavía dos. En primer lugar, se trata de los casos en que existe una comunidad fundamentada en los contactos sociales, si bien en ningún caso absoluta, sino siempre limitada de determinada forma. Pues bien, en estos casos, las metas que sean pretendidas por uno de los miembros de esa comunidad más allá de lo común, no habrán de ser tenidas en cuenta por el otro componente de la comunidad (62). Hablando en términos ejemplificativos: La compra de objetos se agota en el intercambio de la mercancía por el dinero, y el pago de deudas en la liquidación del crédito; lo que el comprador haga con la mercancía, por ejemplo si la exporta de forma prohibida o si la usa por su parte para un negocio fraudulento o para la construcción de un paquete bomba, le interesa al vendedor tan poco, como al deudor le importa si el acreedor subvenciona a una organización terrorista con lo recibido o financia tráfico de armas prohibido. Con más razón permanecen los campos de responsabilidad separados cuando falta toda comunidad, antes bien una persona intenta obligar a otra a tal comunidad. Aclarémoslo también con un ejemplo: Cuando los terroristas amenazaron que el presidente de la unión de empresarios, Schleyer, sería asesinado si continuaban encarcelados correligionarios de los terroristas, a quienes tuvieron que tomar la decisión les era de sobra conocido que el mantenimiento de la prisión (sea esto una acción o una omisión) podría tener como resultado la muerte de Schleyer, como de hecho sucedió. El mantenimiento de la prisión no fue de todas formas un comportamiento homicida, ni tampoco una participación en tal comportamiento, puesto que agota su significado en la ejecución de la pena: una tercera persona no puede hacer girar en una dirección delictuosa este significado, mediante resultados que enlaza a su arbitrio a dicha ejecución de la pena. En otras palabras, los terroristas no podían obligar al Gobierno –bajo amenaza de pena– a ser solidario con Schleyer.

El segundo subinstituto que hay aquí que mencionar y por medio del cual se han de interpretar restrictivamente todas las prohibiciones, para

(62) FRISCH (nota 58), pp. 230 ss.; JAKOBS (nota 51), 7/59, 24/13 ss.; el mismo, *ZStW* 89, pp. 1 ss.

que no se llegue a una compulsión de comportarse solidariamente, es la actuación a propio riesgo, esto es, el traslado de la competencia a la víctima, y en verdad, a causa de su propio comportamiento organizativo (63). Al respecto no se debe pensar solamente en casos en que la víctima mediante su infracción del deber de cuidado reduce la responsabilidad del autor a modo de una concurrencia de culpas, como sucede por ejemplo cuando un peatón que circula imprudentemente por una carretera es atropellado por un automovilista igualmente imprudente; antes bien, es también posible la solución radical de que una víctima que se ha expuesto a un peligro sin motivo razonable, deba también sufrir las consecuencias en solitario. Quien emprende algo temerario como un paseo en velero habiendo tempestad, o una excursión por la montaña cuando se produce una nevada, o un combate de boxeo, no puede invocar en caso de consecuencias dañinas que los demás tenían que poner cuidado y en atención a él haber omitido la actividad, porque tal cuidado frente a una persona autorresponsable sería incompatible con la relación negativa como relación entre iguales; todos tienen que hacerse autorresponsables, esto es, también la víctima de sus propias organizaciones.

4. Conclusiones

Resumiendo lo dicho se puede decir: Si se parte del fundamento liberal de que la «obligación originaria» tiene como contenido negativo que el otro no deba ser perturbado en su existencia, entonces no se puede lograr una juridificación de este modelo tan sólo mediante la prohibición de no dañar a los demás, y por cierto, desde dos puntos de vista. En primer lugar tienen también que incorporarse mandatos del contenido de impedir peligros para bienes ajenos que procedan –sin actividad actual del titular– del propio ámbito de organización. Estos mandatos son el resultado de la libertad de organizar; existen pues ya porque el autor es persona y tiene que respetar por ello a la víctima, y no necesitan ningún «fundamento jurídico especial». En segundo lugar, en el marco de la prohibición sólo deben ser evitados resultados lesivos que no pertenezcan a la organización de una tercera persona o de la propia víctima, o que no tengan que ser soportados por la víctima a modo de infortunio; en efecto, en caso contrario estarían todos obligados a renunciar a su libertad en beneficio de una víctima amenazada, sin que el fundamento de la amenaza estuviese en el ámbito de organización del que ha renunciado; esto sería una obligación a un comportamiento solidario. En consecuen-

(63) FRISCH (nota 58), pp. 148 ss., 180 ss.; ROXIN (nota 58), 11/86 ss., 98 ss.

cia, no es la prohibición el supraconcepto normativo adecuado, sino la competencia (el ser competente) en virtud de una organización.

El desdoblamiento de la competencia por organización en subinstitutos de fundamentación de la responsabilidad –deberes del tráfico, ingerencia y asunción, como fundamentadores de responsabilidad– o de exclusión de la responsabilidad –riesgo permitido, responsabilidad de otro, infortunio– debe ser entendido dentro del derecho abstracto como simple denominación de las formas jurídicas. Así pues, los ejemplos mencionados respecto de los institutos en concreto presuponen para la solución más de lo que aquí se ha fundamentado, por cuanto que la fórmula debe referirse a la concreta configuración de la Sociedad contemporánea. Otras Sociedades puede que encuadren como riesgos especiales, y por tanto como fundamentadoras de ingerencia, actividades que en la Sociedad actual son tenidas por riesgos normales, y viceversa, y para ellas puede que se tenga por infortunio lo que en la actual Sociedad todavía se vincula con un determinado comportamiento organizacional. Por ello, todos los contenidos de los mencionados institutos son contingentes –también dentro del planteamiento liberal formulado por Kant, Fries, Feuerbach y Hegel–. Pero tenga el aspecto que tenga el contenido, las fomas mencionadas de la fundamentación o de la exclusión del deber permanecen vinculadas a nuestro planteamiento.

B) Otras Instituciones

1. Planteamiento

Queda aún la cuestión de qué se puede agregar a la responsabilidad ya esbozada –esto es, en virtud de una competencia por organización– a modo de responsabilidad en virtud de un «fundamento jurídico especial». Una parte a tener en cuenta de la doctrina jurídica se halla todavía fascinada por el pensamiento de que el prototipo de la responsabilidad penal sería el delito de comisión y por ello habría que buscar en la omisión la «equivalencia con la comisión» (64), entendiéndose por tal equivalencia una similitud externa, a la actividad; pero hay por lo menos un escollo que no puede ser salvado en tanto se siga buscando en un suceso externo la equivalencia con la comisión: Los padres que dejan morir a su hijo...: ni actúan, ni se encuentran obligados por deberes de seguridad del tráfico, ni necesariamente han tenido que llevar a cabo actos anteriores riesgosos, y tampoco han asumido algo, esto último en cualquier caso

(64) GALLAS (nota 52), pp. 67 ss.; SCHÜNEMANN (nota 51), pp. 229 ss.; el mismo, en: GIMBERNAT y otros (comp.) *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, pp. 49 ss., 75 s.; FREUND (nota 43), pp. 265 ss.

no, si es que tampoco nadie se hubiese ocupado del niño en ausencia de los padres. Así pues, aparentemente, los padres no serían en estos casos punibles por homicidio. Para evitar esta consecuencia –junto a soluciones que no se ajustan a un determinado sistema (65)– ha sido propuesto interpretar que una estrecha comunidad de vida es una forma de existencia fundamentadora de deber, lo que provoca la objeción de que con ello no se encontraría el carácter jurídico de los deberes, sino que se concedería carácter jurídico infundadamente a deberes morales (66) –los cuales en situaciones de estrecha comunidad de vida, difícilmente pueden ser negados–. Que la objeción no apunta al vacío, lo muestra la despreocupación con la que en la Jurisprudencia y en la Literatura por ejemplo se parte de deberes de cuidado asegurados penalmente de un miembro de una pareja homosexual respecto del otro (67), si bien tal relación en sí misma no roza ni siquiera al margen la constitución jurídica de la Sociedad. Densidad emocional y Derecho son dos cosas distintas. Pero esto tampoco significa que Derecho y solidaridad no puedan ser vinculados en ningún caso.

El hombre configura el mundo; como se vio, esto tiene lugar mediante el trabajo, mediante la actividad, aunque también a través de omisiones. Tiene lugar precisamente mediante organización. Por medio del comportamiento organizativo de los hombres la conformación del mundo se convierte en contingente, y por ello es necesario, como compensación, mudar a los hombres en personas, esto es, en portadores de roles que administran sus ámbitos de organización según estándares fijos y que en caso de administración defectuosa conducen a responsabilidad, es decir, que son definidos como fundamento determinante del defecto. Este sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, esbozado aquí nuevamente, es por su parte una institución, a modo de haz de carácter jurídico y estable, de las relaciones sociales. La responsabilidad jurídico-penal no se desencadena por un accionar en el sentido naturalista, sino por la lesión de los deberes que resultan de la competencia por organización; correspondiéndose con esto, las expectativas de los demás no van dirigidas a que un hombre capaz de organizar va a hacer o no, algo determinado, sino a que una persona debe comportarse de una determinada manera. Conciso y breve: Nadie responde en su condición de hombre, sino todos en la de personas.

(65) GALLAS (nota 52), p. 92.

(66) Véase, por todos, GALLAS, (nota 52), p. 71.

(67) *AG Duisburg MDR 1971*, p. 1072; SK-RUDOLPHI (nota 52), § 13 nota marg. 51; DREHER-TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 46.^a ed., 1993, § 13 nota marg. 10; más referencias y crítica en JAKOBS (nota 51), 29/66 con la nota 138.

Si está claro pues, que ya la competencia por organización presupone la institución de la constitución jurídica de la Sociedad –mediante el sinalagma de libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias– (68), se ilumina inmediatamente la dirección, en la cual hayan de buscarse «fundamentos jurídicos especiales» de deberes, que sean equivalentes a los deberes en virtud de una competencia por organización: La búsqueda no tiene que dirigirse a un «dominio del hecho» parecido a la organización –esto desorientaría igual que desorientó la búsqueda en el siglo pasado de una causalidad equivalente a la de la comisión–, sino que tiene que dirigirse a aquellas instituciones que determinan la identidad de la Sociedad de la misma manera que ésta se encuentra determinada por el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias. Esta búsqueda depende pues de la semejanza para la estructura de la Sociedad, y no en cambio de una semejanza naturalista.

Desde este punto de vista no hay que temerse, que en las conclusiones resulte una mezcolanza de fundamentos de la responsabilidad heterogeneos compuesta por una «obligación originaria», e independientemente de ella, por «fundamentos jurídicos especiales». Antes bien, se trata de un fundamento único, a saber, del mantenimiento de los elementos irrenunciables de la configuración social; este fundamento se divide en la competencia por organización –para una Sociedad liberal evidente– y junto a ella, otras competencias todavía por nombrar, provenientes de

(68) Quien reconoce la existencia de responsabilidad por organización pero rechaza otras instituciones (véase sólo FREUND [nota 51]; SCHÜNEMANN en: *Dogmatik* [nota 51], pp. 60 ss.), debería explicar, porqué garantías jurídicas deben tan sólo referirse a una de las posibles instituciones («libertad de comportamiento conlleva responsabilidad por los resultados»).

Por lo que respecta a la competencia en virtud de una organización, H. LÜBBE (Zürich) manifestó en la discusión* su suposición de que en el futuro van a incrementarse «la cantidad de posibilidades de influir en otros por medio de procesos causales sociales mediante omisión», de tal forma que la «sociedad moderna» «sencillamente se va a amurallar» con el correspondiente reforzamiento penal. Respecto al contexto de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, hay que tener en cuenta, que el aumento del ámbito de posibles consecuencias puede (aunque no tiene que) ser precedido también de un aumento del ámbito de la libertad. Ejemplificativamente: El omitir la revocación de un producto a gran escala puede traer consigo resultados nocivos en masa, pero sólo, cuando previamente se ha realizado una venta a gran escala. O bien: El tráfico automovilístico es todavía entendido como fomentador de la libertad, a pesar de su muy densa regulación y de la estricta responsabilidad por errores (también mediante omisiones, v. gr.: no frenar).

* El Prof. Jakobs se refiere, en ésta y en próximas notas, a la discusión desarrollada tras la exposición en forma de conferencia de una versión resumida del presente trabajo, conferencia que fue defendida en la Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften el día 13 de diciembre de 1995 en la ciudad alemana de Düsseldorf. (Nota del trad.)

otras instituciones pero que, en todo caso, hay que resaltar que igualmente se derivan de instituciones; estas competencias institucionales siempre deben estar dirigidas a una unión positiva entre personas, esto es, a una porción de mundo en común, puesto que el marco negativo ya está plenamente cubierto por la competencia en virtud de una organización. Se trata pues ahora, de adicionar a las relaciones negativas que determinan la identidad social, las positivas que sean irrenunciables.

2. *Deberes estatales*

Tal adición sólo puede llevarse a cabo en parte de una forma jurídica abstracta, puesto que de lo contrario debería ser lograda de un análisis de la concreta configuración social; esto es lo mismo que sucedía, por hablar de nuevo de la competencia por organización, cuando hemos deducido ésta, solamente de la abstracción del conjunto de todas las concepciones sociales liberales, pero no en todo caso de todas las concepciones sociales. Pero por lo menos se pueden lograr algunos deberes del Estado de forma tan jurídico-abstracta como sucede con la competencia por organización, a saber, mediante la reflexión acerca de las condiciones de la competencia por organización; si bien el Estado como persona jurídica no responde por sí mismo penalmente, sí en cambio los titulares de una función pública (69) que actúan para él.

La simple ordenación de la competencia por organización no es más que una palabra vacía si no se decide a la vez la cuestión «quis iudicabit». Así, el Estado debe tener la obligación de velar por la satisfacción de las pretensiones penales, y por la decisión de la autoridad sobre conflictos jurídicos; por consiguiente en el derecho abstracto de Hegel faltan la instancia que juzga y la instancia para hacer respetar las pretensiones (70). Este derecho al otorgamiento de Justicia, que en el campo del Derecho procesal penal se corresponde con el principio de legalidad, encuentra su garantía jurídico-penal principalmente en los preceptos contra la prevaricación (§ 336 StGB) y contra el favorecimiento por parte de funcionarios (de encausados en proceso penal, favorecimiento que frustra la ejecución penal, etc.) (§ 258a StGB).

Ya un simple vistazo a estos preceptos muestra que tal y como se ha tratado aquí la «obligación originaria», apenas es de esperar cosa distinta respecto al «fundamento jurídico especial», puesto que ambas resultan de igual manera de instituciones sociales irrenunciables: De igual forma que

(69) SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, 1984.

(70) Ambas van más allá del *status* negativo; de todas formas pertenecen, al menos según su forma, al derecho abstracto, porque son condición de toda Sociedad concreta, en tanto en cuanto ésta conozca el Derecho.

los deberes que surgen de una competencia organizacional no se quebrantan sólo mediante infracciones de prohibiciones, así tampoco un «fundamento jurídico especial» origina solamente mandatos. No sólo (aunque también) (71) prevarica, el juez que no atiende un litigio pendiente y no sólo lleva a cabo el delito de favorecimiento, el fiscal que no persigue a un delincuente, sino de la misma manera, el juez que activamente dicta una sentencia injusta, y el fiscal que activamente consigue el levantamiento de la orden de prisión contra un delincuente por medio de fundamentos fraudulentos.

Los delitos de los que se está hablando, llamados delitos de infracción de deber (72), se caracterizan precisamente porque el autor no determina mediante una organización libre la extensión de sus deberes, sino que estos le son adjudicados como consecuencia del *status* que ostenta dentro de la institución de que se trate, por ejemplo la Justicia (73): El autor tiene el deber de garantizar la existencia de la institución, y en el concepto de deber se encuentran prohibiciones y mandatos en un mismo haz.

No pueden nombrarse aquí todos los deberes genuinamente estatales que son desempeñados por los titulares de una función pública del Estado, pero sí debe mencionarse que el Estado tiene el cometido de cuidar de la seguridad interior y exterior, y en verdad, no sólo a causa de la organización de un monopolio de coacción, por así decirlo, a modo de señalagma, sino en virtud de la autodefinición del Estado: si el Estado deshace el monopolio, se deshace a sí mismo. Además, un Estado de Derecho tienen que garantizar la sujeción a la ley de la Administración; un Estado de prestaciones, al menos la asistencia fundamental (74); el Estado de una Sociedad saturada por la técnica tiene que tener consideración por el medio ambiente.

3. *Relaciones paterno-filiales; confianza especial*

En aquellos deberes que conciernen al ciudadano no como titular de una función pública representando al Estado, sino inmediatamente como titular de un *status* dentro de una institución, a saber, como madre o pa-

(71) BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, 2.º tomo, 2.ª edición, 1905, p. 561; SPENDEL, en: JESCHECK y otros (ed.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10.ª ed., 1988, § 336 nota marg. 54.

(72) Expuestos por primera vez por ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963 (6.ª ed. 1994), pp. 352 ss.

(73) Por ello tampoco se puede diferenciar en esta clase de delitos entre las diferentes formas de intervención; ROXIN (nota 72), pp. 352 ss., 459 ss.; JAKOBS (nota 51), 21/115 ss. Respecto del significado que adquiere esta consecuencia para la comisión, véase infra la nota 77 (y allí, lo referido en el apartado a).

(74) Respecto de los pormenores y otras referencias, véase JAKOBS (nota 51), 29/74 ss.

dre, como cónyuge, etc., la problemática se presenta más complicada que en los deberes genuinamente estatales –esto es, en los provenientes de la institución «Estado»–. En este terreno todo es discutido. Por lo menos en las consecuencias –que no en la fundamentación– reina unanimidad sobre el deber de los padres de cuidado completo de sus hijos (75) (en caso de hijos extramatrimoniales sólo para la madre), deber que, de nuevo, incluye tanto prohibiciones como mandatos. Sin embargo, más allá de este prototipo de relación ordenada a un mundo en común –relación positiva–, cesa la seguridad. Los deberes derivados de una unión matrimonial, que todavía hasta hace una generación resultaban en cierta medida evidentes, han perdido su seguridad desde que el matrimonio con aprobación del Derecho es entendido como un lazo resoluble –si bien respetando unos plazos–. Pero por otra parte, a la hora de fundamentar el deber resulta totalmente equivocado, como ya se indicó, querer sustituir el vínculo matrimonial por el vínculo de la «estrecha comunidad de vida»: Comunidades de vida pueden resultar útiles en tanto ofrecen a las personas un refugio social, pero puesto que no gozan de impronta jurídica sino que pueden organizarse al libre arbitrio, no contribuyen por ello en nada a una determinada identidad social (y aunque, en efecto, la libertad de arbitrio determina identidad, esta libertad de arbitrio, como tal, pertenece ya a la competencia por organización).

A pesar de lo dicho no queda excluido que con independencia de la existencia de matrimonio o de comunidad de vida, se proteja penalmente en determinados casos la confianza en la constancia de los roles, es decir, prohibir un *venire contra factum proprium*, por lo menos cuando éste se produce inoportunamente, lo que a la vez significa, mandar un comportamiento conforme al rol (76). Así, por ejemplo, el cuerpo de bomberos voluntario de un pueblo, que con anterioridad ha sido establecido y se contaba con él, no puede abandonar su rol auxiliador precisamente cuando hay un fuego, y en verdad, independientemente de si otra medi-

(75) Así, incluso GALLAS (nota 52), p. 92, que ha sido el que ha desarrollado la concepción más significativa de una teoría de los deberes penales centrada tan sólo en la organización.

(76) JAKOBS (nota 51), 29/67 ss.; este instituto ha sido rara vez desarrollado por la doctrina, siendo en cambio tratado en el marco de institutos afines (asunción, «estrechas comunidades de vida»).

ISENSEE (Bonn) preguntó en la discusión, si el matrimonio, entonces, genera al menos deberes en tanto tenga vigencia. Si por vigencia se trata sólo del vínculo formal, debería negarse que genere deberes. Hablando en términos ejemplificativos: Cónyuges, que han tomado hace tiempo caminos separados, difícilmente van a poder invocar, en caso de necesidad, la relación –que ya no es vivida por ellos y por tanto es tan sólo formal–. Sin embargo, en tanto la forma sea cumplimentada, la comunidad de vida (*Sich-auf-einander-Einlassen*) produce deberes, sin que a este respecto haya que estarse a lo formal.

da antiincendios hubiese sido instalada aun sin su comportamiento (esto es, incluso en el caso de que no exista responsabilidad en virtud de asunción –organización–). Según ésto, un médico tiene también que tratar a aquellos pacientes que ya ha atendido, y como se acaba de decir, sin importar si los pacientes hubieran tenido la posibilidad de haber sido tratados por otro médico. Que los pormenores dentro de esta «confianza especial» y de otros «fundamentos jurídicos especiales» sean fuertemente controvertidos, no debería sorprender: En una Sociedad de características individualistas y hedonistas quedan eclipsadas todas las instituciones sociales más allá de la competencia por organización (como *status* negativo) y más allá de la competencia del Estado.

Con toda su vaguedad parece que este vistazo a los «fundamentos especiales» es suficiente para exponer las particularidades del *status* positivo frente al negativo, y a la vez, para mostrar que las particularidades no tienen en absoluto que ver con una separación entre acciones y omisiones. Con ello resulta probado que esta separación, tanto en las relaciones positivas como en las negativas, atañe tan sólo a la técnica con la que un obligado tiene que cumplir con sus deberes, esto es, a cuestiones absolutamente secundarias. Las preguntas fundamentales: ¿Qué hay que adjudicar a la propia organización y qué a la de los demás? y, ¿qué institución genera deberes de configuración de un mundo en común asegurados penalmente?, no dependen de la separación entre acción y omisión, afectan antes bien a ambas, y la forma de la norma –prohibición o mandato– depende de la casual conformación de la organización del destinatario.

III. LA UNIFORMIDAD DE LA FUNDAMENTACIÓN Y DELIMITACIÓN DE PROHIBICIONES Y MANDATOS

Tanto respecto de la acción como de la omisión se trata de la misma competencia por organización o del mismo «fundamento jurídico especial», esto es, en definitiva, de la misma institución irrenunciable; por ello, se debe afirmar una completa congruencia (77) de la responsabili-

(77) No se trata de una semejanza mayor o menor, sino de una identidad total de la fundamentación de la responsabilidad. Esto hay que aclararlo en algunas cuestiones límite:

a) En tanto se trate de deberes de establecimiento de un mundo en común –al menos, parcial–, esto es, de una relación positiva, el deber concierne siempre de forma altamente personal y no, por ejemplo, mediante la división de trabajo con los demás; la lesión del deber conduce por ello a responsabilidad en calidad de autor («delitos de infracción de deber», véase nota 72). Sólo puede haber participación del especialmente obligado, incluso en casos en que falte el dominio del hecho, cuando falta una característica de la autoría requerida por el tipo. En consecuencia, hay que

dad por acción con la de la omisión (78). De la misma manera que se puede poner en movimiento un suceso que es riesgoso pero permitido, no habrá que revocarlo, aun en el caso de que sin la propia intervención

tratar igualmente como delitos de infracción de deber también a los delitos comunes (*Jedermannsdelikte*) que sean cometidos por un obligado —en el sentido aquí referido—: El obligado actúa como autor —incluso aunque no tenga el dominio del hecho—, y en verdad tanto en la omisión como en la acción. Hablando en términos ejemplificativos: El padre que no impide un homicidio sobre su hijo responde como autor, y de la misma manera responde, cuando presta ayuda al homicida (JAKOBS [nota 51], 21/118). Desde luego que sería extraño, que el deber de cuidar el patrimonio conduzca a la autoría siempre que exista un ataque (§ 266 StGB), pero no el deber de cuidar de una persona.

b) En el campo de la competencia por organización, esto es, de la relación negativa, los deberes de aseguramiento se corresponden con los casos base de acción, como se expuso supra. La extensión a deberes de salvamento en las omisiones encuentra su contrapartida en el campo de la acción, en la prohibición de realizar una actividad en sí permitida, por cuanto el motivo de la prohibición —como del mandato en el campo de la omisión— puede ser sobre todo un comportamiento previo. De nuevo hablando en términos ejemplificativos: Si alguien empuja a una persona anciana tan desconsideradamente, que ésta va a caerse, el que propinó el empujón no debe retirar la mano (¡prohibición!) a la que la víctima intenta agarrarse, del mismo modo que debería tender la mano, cuando ésta, por su situación, no pudiera ser alcanzada por la persona anciana por sí misma. Ambas formas de comportamiento, retirar la mano y no tenderla, conducen a un delito de lesión, —si se retira o no se tiende, respectivamente—, y ello, a pesar de que todo no-interviniente tiene que mantener o configurar su organización sólo en el marco de los deberes en virtud de la «omisión» del deber de socorro en favor de la víctima. La controversia sobre los límites de la responsabilidad por ingerencia es pues también una controversia sobre la responsabilidad de la comisión.

También mediante asunción se puede ampliar el marco de las prohibiciones. Una vez más, ejemplificativamente: Quien ha asumido vigilar el peligroso perro de su vecino, no debe abrir la puerta de su casa (¡prohibición!), si es que el animal se puede escapar, y ello, a pesar de que sin la asunción, por ejemplo porque el animal se ha perdido y ha entrado en la casa, podría abrirla a su gusto, —a lo sumo limitado por la norma contra la «omisión» del deber de socorro.

Respecto a toda esta problemática, consúltese JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, Bogotá 1994, pp. 20 ss., 32 s.

(78) FREUND (nota 51), pp. 51 ss., 88 ss.; TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, p. 171 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 354 ss., 358 ss., véase sin embargo también, p. 373 s.; JAKOBS (nota 51), 7/71. Crítico, SCHÜNEMANN en: *Dogmatik* (nota 64), pp. 49 ss., 50 ss. (respecto a FREUND y JAKOBS), 58 ss. (respecto a VOGEL).

En la discusión, ISENSEE (Bonn) hizo alusión al diferente tratamiento que reciben la huelga (que es «según su noción: omisión del trabajo») del boicot activo. El ejemplo debería ser clarificador en especial a causa de los límites de «la noción de la huelga»: Mediante la no prestación de trabajo —también cuando el comportamiento sea contrario a un deber de trabajo— retornan las personas (los grupos de personas) a una pura relación negativa, en caso de que sólo se quiebre el rol de contratante. Sin embargo, en tanto la protección de bienes pertenezca al rol, la huelga es ilícita; en efecto, si no se verían perjudicadas no sólo las oportunidades, sino también la

el suceso amenace con salir del propio ámbito de organización. O bien: Si la víctima a causa de su predisposición tiene que arreglárselas con una determinada configuración de su entorno, esto es, tiene que aceptar los daños como un infortunio, lo mismo da que otro origine esa configuración activamente o que omita modificarla: en todo caso, no responde. O bien: Quien en virtud de un «fundamento jurídico especial» tiene que ayudar a otro con los medios de su propia organización, no debe interrumpir activamente esos medios, a pesar de que toda tercera persona podría impedir, que alguien se abastezca de sus ayudas (de las del tercero); así pues, que quien tiene que alimentar a un hambriento en virtud de un fundamento jurídico especial, no pueda guardar la panera bajo llave o que deba facilitar activamente la panera que está guardada bajo llave, no es una cuestión del fundamento del deber, sino del casual *statu quo* del mundo exterior.

Para terminar aclararé todavía las consecuencias de esta congruencia, de la mano de tres casos importantes para la práctica; son tres supuestos en conjunto controvertidos y hasta cierto punto actuales, bien por sí mismos, bien precisamente por las consecuencias que se extraen de ellos:

Primero: Si un paciente tiene esperanzas de vida tan sumamente reducidas, sobre todo asimismo, por lo que respecta a la clase de vida que le queda, el médico que le está tratando no se encuentra obligado a iniciar medidas de medicina intensiva, por ejemplo con ayuda de un aparato corazón-pulmón o de un respirador. ¿Puede en tal situación interrumpir activamente las medidas anteriormente iniciadas? La decisión depende, de a qué ámbito de organización pertenezca el tratamiento intensivo. Si se trata del ámbito del paciente, es seguro que el médico no tiene ningún derecho a predisponer aún más aquello que ya está organizado en forma propensa; en efecto, el contenido de una competencia por organización consiste precisamente en que no se pueden perturbar organizaciones ajenas. Así –y esto es indiscutible– ningún médico puede dejar fuera de servicio un marcapasos implantado, una válvula cardíaca, o una prótesis articular. De todas formas, una asignación del tratamiento al

del empresario. Ejemplo: Ningún chófer puede comenzar con una huelga, cuando él ha arrancado su vehículo (él tiene que hacer algo, si es que se quiere comportar dentro de la legalidad: parar); en todo caso, trabajos de necesaria existencia (calefacción, vigilancia) son así excluidos de la huelga, al igual que la huelga es imposible en actividades que han sido asumidas y que son genuinamente de necesaria existencia (servicios de urgencia), puesto que supondría un mero retorno al estado de personas aisladas. De acuerdo con esto, la jurisprudencia valora como violencia una huelga que es incompatible con la legitimidad de las relaciones entre personas («estados caóticos» mediante «huelga de masas y general»), (*BGH* 8, pp. 102 ss. [Tribunal Supremo Federal Alemán]). En consecuencia lo decisivo también en la huelga no es el omitir, *per se*, sino el alcance de la competencia de quien omite.

ámbito de organización del paciente entra en consideración tan sólo para aquellos aparatos que –al menos por un cierto tiempo– puedan ser usados por el paciente independientemente del médico, de tal manera que este último pueda ser excluido de la organización del aparato. Pero éste no es precisamente el caso en supuestos de medidas de medicina intensiva; en tanto éstas se desarrollan por algún tiempo automáticamente, es cierto que el médico no tiene continuamente que actuar, pero el paciente tampoco puede organizar por su parte, con independencia del médico; antes bien, toda organización necesaria, incluido el control permanente, incumbe evidentemente al médico y a sus ayudantes. Se trata pues del ámbito de organización del médico, y no hallándose éste obligado a una organización de ayuda –debido a la situación del paciente–, es irrelevante cómo sea el estado interno del ámbito de organización. Es algo meramente casual, si una actividad es inminente (necesaria) o si el automatismo del aparato todavía funciona. Cómo ha de ser cuidado un paciente, sin embargo, no depende de casualidades; así pues, el médico (79) puede detener activamente una medida iniciada, si es que él no hubiese tenido que iniciarla, en caso de que tal medida no marchase ya de manera automática.

La decisión es muy controvertida (80). En tanto el resultado también aquí obtenido se defiende con los argumentos de que los aparatos serían una *longa manus* del médico y por tanto se trataría de una omisión cuando se pone fin a su funcionamiento, o bien, de que se trataría «valorativamente» de una omisión, nos hallamos, en el mejor de los casos, ante imágenes simbólicas e intuiciones, con cuya ayuda es insinuada la dirección, que no el camino, para una solución. Teniendo en cuenta, que tanto la acción como la omisión, esto es, ambas son organizaciones y que por ello el fundamento del deber respectivo es idéntico (81), tales vaguedades se vuelven superfluas.

El segundo caso a citar es sólo una –grotesca– variante del primero: Thomson (82) ha bosquejado, en el marco del debate sobre el aborto, el

(79) Respecto a la interrupción del tratamiento por parte de parientes con consentimiento (presunto) del paciente, y por parte de terceras personas no autorizadas, consúltense las referencias en JAKOBS (nota 51), 7/nota 111.

(80) Referencias en HIRSCH, en: KÜPER y otros (ed.), *Festschrift für Lackner*, 1987, pp. 597 ss., 605 s.; KÜPPER, *Grenzen der normativerenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, p. 81 s.; JAKOBS (nota 51), 7/64 con not. 110; véase también BIRNBACHER (nota 21), S. 337 ff.

(81) El fundamento del deber en el mandato se corresponde con la imputabilidad objetiva en la prohibición (en contra, por todos, HIRSCH y KÜPPER, [nota 80], «problema especial», «particularidad»). Por ello, también es posible el homicidio a petición por omisión; JAKOBS en: SCHÜTZ y otros (ed.), *Festschrift für Schewe*, 1991, pp. 72 s.

(82) En: LEIST (ed.), *Um Leben und Tod*, 1990, pp. 107 ss., 108 s.; una primera versión en: *Philosophy and Public Affairs I* (Princeton 1971), pp. 47 ss., 48 s.; más literatura en BERNSMANN, *JuS 1994*, pp. 9 ss. nota 6; véase también STEINVORTH,

siguiente escenario –entre tanto, muy discutido–: una persona sana se encuentra contra su voluntad unida corporalmente a una persona enferma –en el ejemplo: un genial violinista–; la unión es tal que, por un lado, aquélla mantiene las funciones corporales de la persona enferma, que por su parte tampoco quiso esta unión, y, por otro, se causaría la muerte del enfermo si el sano produce la separación. La persona enferma vive por tanto de la unión con el sano, que, por su parte, ha quedado reducido a la vida de un organismo de abastecimiento. El ejemplo muestra de forma tajante cómo una prohibición, a saber, la prohibición de la separación de uniones, consistiría en un deber de solidaridad, y por ello, tal prohibición no se puede fundamentar partiendo de un planteamiento liberal, exactamente igual que tampoco se podría fundamentar desde el mencionado planteamiento un deber de prestarse a una unión todavía por disponer, –en todo caso, no sería fundamentable bajo la pena como reo del homicidio de la persona enferma.

Otra cuestión distinta, es lo que da de sí este ejemplo para la prohibición del aborto. El ejemplo trataría de demostrar que a la «obligación originaria» de una mujer embarazada no pertenece la toma en consideración de su feto. Pero seguro que el punto de vista de que el feto vive a costa de la organización de la embarazada, es sólo un punto de vista de entre los posibles, igual que lo es el tradicional de que la embarazada –por lo menos, tras relaciones sexuales libres– ha perdido con el embarazo parte de su organización en favor del feto; e incluso en el caso de que el punto de vista mencionado en primer lugar fuese determinante, no se habría resuelto nada respecto a si existe un «fundamento jurídico especial» que obligue a la prestación (¿«maternidad»?). El ejemplo enseña pues sólo una cosa, pero esto, en todo caso, de forma clara: En una concepción liberal una acción fácticamente dañina no tiene porqué ser siempre contraria a una prohibición de lesión (83).

Klassische und moderne Ethik, 1990, p. 180 ss.; desde una perspectiva jurídica, últimamente, UNBERATH en: BYRD y otros (ed.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, tomo 3.º (1995), pp. 437 ss.

(83) Puesto que falta –más allá de lo meramente externo– una diferencia entre el tratamiento jurídico-penal de la acción y el de la omisión, no se puede lograr tampoco aquí una comprensión del problema mediante un cambio de perspectiva de una configuración del comportamiento a la otra (de otro punto de vista, con la opción de la omisión en los supuestos de aborto, BERNSMANN [nota 82], p. 13). La problemática tampoco es descrita en su totalidad mediante la contraposición, por una parte, de una *simply omission of an action* o *an omission of maternal support*, y por otra, de una *deliberate action taken against the life of the unborn child* (así, sin embargo, BARRY, *Medical Ethics Essays on Abortion and Euthanasia*, New York 1989, pp. 40, 46, y *passim*; en sentido parecido, FINNIS en: *Philosophy and Public Affairs* 2, Princeton 1972, pp. 117 ss., 124, con la diferenciación entre *not keeping another person alive* y *direct killing*). Entremedias se encuentra la actividad, a la que parece referirse THOMSON, la cual hay que entenderla como organización interna autorizada, y por

El tercer caso se refiere al supuesto del autor de conciencia que, por ejemplo, es responsable de la muerte de otro hombre. Se afirma que para medir su culpabilidad habría que distinguir entre acción y omisión. El omitir sería más bien disculpable o desde luego produciría una aminoración de la culpabilidad de mayor intensidad que la acción (84); a este respecto, un argumento tomado de la sociología reza que la sociedad puede adaptarse mejor al «desmoronamiento de prestaciones» que a una «acción antijurídica agresiva» (85) (lo que podría trasladarse a la totalidad de los casos con problemas de exigibilidad) (86). En efecto, puede que la Sociedad se las arregle mejor con un padre perteneciente a una secta que no lleve a su hijo al hospital cuando éste es alcanzado por un rayo, por creer que se trata de una decisión divina, lo cual significa su muerte segura, que cuando el padre mata sin más al niño estigmatizado; sin embargo, con una comparación de ambos casos no se puede probar nada porque en el caso de la omisión el padre quebranta el deber que pertenece a las relaciones paterno-filiales, mientras que en el supuesto de la acción, en cambio, quebranta tanto ese deber como el deber común (Jedermannspflicht) en virtud de una competencia por organización, y éste último es resistente contra reblandecimientos mediante la toma en cuenta de motivos de conciencia: Quien no toma al otro en cuenta ni tan siquiera como persona, por los motivos que sean –pueden ser motivos de conciencia–, niega las condiciones elementales de la vida en sociedad, y una Sociedad que premiase tendencias subjetivas a comportarse así, aunque sea tratándolas de forma indulgente, se autoliquidaría. La competencia en virtud de una organización –la relación negativa– como base sencillamente de toda constitución jurídica no puede tolerar tampoco pues respecto de las omisiones tomar en consideración motivos de conciencia. Un automovilista tiene que frenar si es que es necesario, y un motivo de conciencia –en vez de frenar, dedicarse inmóvil por ejemplo a rezar– no puede conllevar aminoración de la culpabilidad por ser un claro *venire contra factum proprium* –el automovilista ha puesto el coche previamente en marcha– (87).

cuyos resultados externos no hay pues que responder, antes bien hay que adjudicarlos a otros motivos de aclaración, aquí: la predisposición de la víctima.

(84) SCHULTE y TRÄGER en: KRÜPER-NIELAND (ed.) *25 Jahre Bundesgerichtshof*, 1975, pp. 251 ss., 263 s.; PETERS, en: GEERDS y otros (ed.), *Festschrift für H. Mayer*, 1966, pp. 257 s., 274 s.

(85) LUHMANN, *AöR* 90, pp. 257 ss., 282 s.

(86) Así, HIRSCH, en: JÄHNKE y otros (ed.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11.ª ed., 16.ª entrega, 1994, nota marg. 205 previa al § 32, con más referencias.

(87) Cuando el origen de la decisión de conciencia puede transferirse a otra persona, esto puede suponer un motivo de exculpación; sobre esto, JAKOBS (nota 51), 20/25.

Pero también en los deberes que van más allá de una relación negativa, los deberes institucionales –relación positiva–, una aminoración en los supuestos básicos queda excluida. Las instituciones pertinentes son socialmente irrenunciables y por ello no pueden existir motivos relevantes socialmente en contra de su configuración esencial. Así, en el ejemplo mencionado anteriormente, seguro que no habría que exculpar al padre, si deja de alimentar a su hijo después de ser alcanzado por el rayo; de igual manera, los padres que piensan por razones de conciencia que no responden al no prestar absolutamente ninguna atención médica a sus hijos, ya no desempeñan el rol de «padres», niegan por tanto en el fondo la institución y únicamente por ello no pueden encontrar indulgencia (88). Solamente cuando la incompatibilidad entre las razones de conciencia y la institución, afecta a sus casos marginales, esto es, cuando el rol que pertenece a esa institución se cumpla en lo esencial, se puede argumentar –puesto que el Derecho se beneficia de la existencia estable de normas «del fuero interno»– que él puede aceptar fallos concretos en la construcción de estas normas del fuero interno como un fallo inevitable, quasi como el resultado desgraciado de un riesgo permitido inevitable cuando se produce la interiorización del Derecho (89).

El tratamiento equivalente de acción y omisión, que resulta imprescindible también aquí, puede ser aclarado, si se construye el caso antes mencionado, de tal forma que una acción le esté prohibida al padre sólo a causa de su rol especial: la acción se halla de tal manera configurada que para cualquiera estaría permitido (o al menos, no prohibido bajo pena de homicidio), mientras que precisamente en la persona del padre se encuentra prohibido a causa del «fundamento jurídico especial». Se tiene que imaginar una acción socialmente adecuada en su totalidad, que cualquiera también en esa situación podría emprender, y que sólo para el especialmente obligado está prohibida; dos ejemplos: el habitual cerrar con llave la puerta de la casa, lo que supone, que se hace imposible una llamada de socorro exitosa de una tercera persona; o bien, el encargo hecho a un empleado para que realice una determinada tarea, motivo por el cual el empleado no se entera de un accidente y por consiguiente tampoco por su parte puede llevar a cabo un comportamiento salvador, cosa que sin el encargo seguro que hubiese podido realizar. Tales configuraciones de casos pueden parecer rebuscadas, pero en cualquier caso en las mencionadas actividades no se puede ya encontrar diferencia alguna con

(88) A la mencionada (nota 87) transferencia por razón de la competencia de otro a causa del origen del conflicto, hay que agregar aquí la actuación a propio riesgo: Quien se casa con alguien, que considera que toda medicina convencional es obra del diablo, ciertamente no podrá exigir con total firmeza jurídico-penal, que aquél en caso de necesidad procure ayuda de la medicina convencional.

(89) JAKOBS (nota 51), 20/24.

la omisión (90); especialmente estaría fuera de lugar contraponer tal acción a modo de «comportamiento agresivo» frente a una omisión (¿pacífica, a pesar de ser contraria al deber?) (91). De forma análoga sucede cuando alguien que está obligado contra su conciencia a realizar el servicio militar, por un lado abandona la tropa, o por otro, no regresa a la misma después de las vacaciones; o bien, cuando una enfermera a súplicas de un paciente lleno de sufrimientos –pero, puesto que es por deseo del paciente, sin dañar su personalidad– ora abre una ventana de modo que el frío mata al paciente, ora no vuelve a cerrar pronto la ventana que había sido abierta para una breve ventilación. Puesto que los motivos del deber son idénticos, idéntica es también la consecuencia jurídica de la situación de conciencia del comportamiento; en otras palabras, los límites determinantes transcurren de nuevo no entre acción y omisión, sino por una parte, entre aquellos comportamientos de conciencia que en lo esencial respetan la personalidad, y por otra parte, su falta de respeto en lo esencial.

En consecuencia, el trabajo, la actividad, ha perdido su lugar como criterio clave de la teoría de la imputación jurídico-penal, de igual modo que el perceptible *corpus delicti* retrocedió desde hace tiempo ante la ejecución típica abstracta; y el corte que separa las normas liberales de las iliberales divide, no acción y omisión, sino que transcurre tanto a través de la acción como de la omisión. Bien es cierto que la preferencia de la prohibición por parte de Kant, Fries, Feuerbach y Hegel (en el derecho abstracto) sigue teniendo repercusiones en la actualidad, como muestra la afanosa búsqueda por no pocos autores de una similitud naturalista de la omisión con la acción, pero soluciones sistemáticas no pueden ser obtenidas así. El criterio clave es la «competencia» (92), el «ser competen-

(90) En las conclusiones, en lo esencial como aquí RUDOLPHI en: STRATENWERTH y otros (ed.), *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 605 ss., 628 s.; probablemente también así, ROXIN en: Arthur KAUFMANN y otros (ed.), *Festschrift für Maihofer*, 1988, pp. 389 ss., 393 s.

(91) Véase supra nota 85.

(92) Se trata pues de un principio normativo; por ello no puede lograrse una solución en tanto acción y omisión por principio sean equiparados y entonces sean ponderados según criterios naturalistas (entre otros criterios, el «poder amenazador», BIRNBACHER, nota 21, o el «coste para el actor», *ibidem* pp. 133 ss.). En un mundo vacío normativamente, no hay ni responsabilidad por acción ni por omisión, siendo por ello irrelevante el «poder amenazador» o el «coste». Con un orden normativo queda establecido, que debe tenerse por amenazador o por costoso.

En la discusión, preguntó W. LÜBBE (Konstanz) por la diferencia entre el enfoque aquí mantenido y un planteamiento teórico-equivalente. Este último se basaría en la «irrelevancia moral de la diferencia (de la acción y de la omisión)» y llegaría así a un «igual tratamiento práctico de imputación de las consecuencias de la acción y las de la omisión», por ejemplo un homicidio activo y un dejar-morir. Si no se quisiera seguir este punto de vista, quedaría tan sólo la posibilidad de recurrir a la diferencia de

te», ya sea competencia a consecuencia de un *status* negativo –el deber de no dañar a los demás–, ya sea a consecuencia de un *status* positivo –el deber de configurar plena o parcialmente un mundo en común–. La separación de acción y omisión afecta a una cuestión técnica de segundo orden, a saber: cómo hay que organizar para cumplir con el deber, partiendo del –casual– *statu quo* existente. La configuración de la Sociedad (93), sin embargo, no se plasma en tales naturalismos (acción/omisión) o en estructuras lógico-materiales ajenas a ella, sino en instituciones (*status* negativo/*status* positivo).

actividad y pasividad, que quizá se podría justificar –prosiguió Lübbe– porque «una competencia por organización para cosas del mundo exterior más allá del propio cuerpo sólo [se adquiriere] mediante acción y no mediante omisión». Si bien esto podría tener vigencia «en rigor sólo para Sociedades liberales», y puesto que en éstas por lo menos «la relevancia de la diferenciación» ya se encontraría «en el planteamiento liberal», la diferencia no podría ser «superada» dentro de este planteamiento.

Con esto hay que estar de acuerdo, en tanto se trata aquí de exponer las consecuencias de un planteamiento liberal. No hay por principio alternativa a tal comienzo normativo; en efecto, por lo menos con una norma comienza ya la Sociedad. En un contexto de imputación es pues una equivalencia, determinada en forma naturalista, un dato insignificante. Otra cuestión que no ha sido tratada aquí es si alguien en una Sociedad constituida en forma liberal puede llegar a ser una persona completa (creadora de consecuencias jurídicas) sin ninguna acción; en efecto, esto no podría suceder –incluso para el propio cuerpo como ámbito de organización de la persona–, pero asimismo, y esto debe ser remarcado, tampoco sin omisiones. Quien revoca el significado de cada acción mediante otra acción (quien tira lo que ha trabajado), o quien actúa tan sólo descoordinadamente, se encuentra en la misma situación que aquel que no ha hecho absolutamente nada. No tiene porqué haber una acción al comienzo (y en verdad no, cuando una organización ya existente se convierte en automática, o en caso de herencia), aunque esto será lo que suceda en la mayoría de las ocasiones (en eso se basa la plausibilidad de la teoría del trabajo, véase nota 1). Pero incluso cuando esto fuera de otra forma, la acción no se encontraría en la práctica sin embargo conceptualmente al comienzo (normativamente no hay preferencia por la acción), y en este sentido además resultaría, que incluso en una Sociedad extremadamente liberal, esto es, una constitución social limitada a competencia por organización, todas las prohibiciones no serían legítimas ni todos los mandatos ilegítimos para aquellos que entonces –suponiendo: mediante acción– fuesen personas.

(93) En la discusión reprocharon GROBFELD (Münster) la abstracción de la exposición realizada («La imagen del hombre individual desaparece») y SIEP (Münster) la limitación a la «lógica interna» de un modelo social descuidando el «autoentendimiento humano» y la «representación del bienestar natural o precisamente del no-bienestar de los hombres».

Pues bien, tales principios también pueden ser acogidos en una concepción funcional-social: Seguro que el modelo liberal dispone por ejemplo de una «imagen» de individualidad y de «bienestar o precisamente de no-bienestar», pero esto sencillamente, debe ser juridificado, transformado en normas que se dirigen a personas, esto es, a portadores de roles. Sobre esto, en detalle, JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), pp. 843 ss., 849 ss., 859 ss.

El desistimiento idóneo fracasado

MAITE ÁLVAREZ VIZCAYA

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. Planteamiento: hipótesis tradicionalmente denominadas de desistimiento malogrado.–II. Distintas soluciones doctrinales: 1. Delito consumado doloso, en su caso, con la atenuante 9.9.ª Código penal.–2. Su sanción como delito culposo. 3. La propuesta de Muñoz Conde: concurso de delitos.–III. Requisitos necesarios para dotar de eficacia al desistimiento eficaz fracasado.–IV. La regulación establecida en el artículo 16 del Código penal.–V. La incidencia en el injusto del desistimiento idóneo fracasado: 1. Concepciones monistas: El injusto como desvalor de acción. 2. Concepciones dualistas: el injusto como desvalor de acción y resultado.–VI. A modo de conclusión.

I. PLANTEAMIENTO: HIPÓTESIS TRADICIONALMENTE DENOMINADAS DE DESISTIMIENTO MALOGRADO

Cuando uno se aproxima a la denominada Parte general del Derecho penal la primera sensación que percibe es la de que ésta ha sido analizada y estudiada hasta la exhaustividad, primera impresión que se demuestra falsa en ocasiones. Éste es el caso de la institución del desistimiento, y más concretamente, del denominado desistimiento malogrado o ineficaz que, desde la obra publicada por Muñoz Conde en el año setenta y dos, no había vuelto a ser objeto de reflexión hasta la monografía de Martínez Escamilla. Sin embargo la reciente aprobación de un nuevo Código Penal nos permite todavía apuntar posibles temas de discusión en un tema que tradicionalmente ha sido insuficientemente tratado y sobre el cual no ha existido unanimidad doctrinal sobre la respues-

ta que el ordenamiento jurídico debía ofrecer al mismo, situación que intuitivos puede perpetuarse con la nueva regulación legal.

Como es sabido, el antiguo artículo 3 del Código Penal definía las denominadas formas imperfectas de ejecución del delito: la tentativa y la frustración. La primera de ellas se caracterizaba porque el sujeto no llegaba a realizar todos los actos necesarios para la consumación del hecho delictivo por causa o accidente que no fuese su propio y voluntario desistimiento; mientras que, en la frustración, el autor realizaba todos los actos necesarios para la producción del resultado lesivo o dañoso y, sin embargo, éste no llegaba a producirse «por causas independientes de la voluntad del agente». Por tanto, según esta definición legal, la regla general de la punición de las formas imperfectas de ejecución se alteraba cuando la no producción del resultado lesivo se alcanzaba por el voluntario desistimiento del autor. El nuevo Código Penal en el artículo 15 reconoce ahora solo dos momentos en el *iter criminis*: la consumación y la tentativa, distinguiendo en el artículo 16 dos formas de ésta última, la tentativa inacabada (1) y la acabada, coincidiendo ésta, básicamente, con el concepto de frustración manejado hasta ahora (2). Al contrario de lo que sucedía en la regulación hasta hace poco vigente, la figura del desistimiento, que se configuraba como un elemento negativo en el concepto de tentativa, el legislador de 1995 ha optado por una regulación separada de la misma (3), si bien continúa girando alrededor de los dos elementos básicos que la configuraban hasta ahora: la voluntariedad y la eficacia. El acto de desistir debe ser voluntario y además el sujeto, bien con la no prosecución de los actos ejecutivos, bien realizando acciones, debe conseguir que el resultado lesivo o dañoso para el bien jurídico no se produzca. Sólo de esta forma alcanzará la exención de responsabilidad criminal prevista en el Código Penal.

La otra cara de la moneda de esta figura la constituye las hipótesis que denominamos de desistimiento malogrado (4), es decir, aquellas en las que el sujeto inicia y llega a realizar todos y cada uno de los actos necesarios para la consumación del hecho delictivo pero a pesar de que de-

(1) Artículo 16.1: «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.»

(2) Vid. QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996, p. 460.

(3) MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 4.ª ed., PPU, Barcelona, 1996, p. 336, núm. 46.

(4) Cfr. por todos en la doctrina española MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 1972, pp. 144 ss. Recientemente, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho Penal*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pp. 73 ss.

siste (5) activamente de la realización del injusto, éste se produce, por causas independientes a su voluntad. Su desistimiento se canaliza a través de los dos planos que configuran el tipo penal: en primer lugar, desde un plano subjetivo, puesto que ya no quiere alcanzar el resultado lesivo; en segundo lugar, y con el fin de alcanzar este nuevo objetivo, lleva a cabo los actos necesarios para que la lesión o daño al bien jurídico tutelado no lleguen a producirse. Si bien hasta ahora esta figura carecía de expresa regulación, el nuevo Código Penal (art. 16.3) le ha otorgado carta de naturaleza pero exclusivamente, o al menos así parece desprenderse en una primera aproximación, en los supuestos de codelincuencia, preveyendo que siempre y cuando alguno de los sujetos intervinientes en el hecho delictivo impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente la consumación del hecho, quedarán exentos de responsabilidad criminal (siempre y cuando, evidentemente, no hayan incurrido ya en responsabilidad por los hechos hasta entonces acaecidos).

(5) Tradicionalmente, la doctrina venía distinguiendo entre la figura del *desistimiento*, como propia de la tentativa, es decir, como una figura de carácter omisivo consistente en dejar de realizar los actos necesarios para la total perfección del hecho delictivo, y el *arrepentimiento*, como elemento propio de la frustración, y caracterizado por ser una acción de carácter positivo en la que el autor debe realizar los actos necesarios para contrarrestar lo anteriormente llevado a cabo, *Vid.* COBO/VIVES, *Derecho Penal. Parte general*, 2.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, p. 541; JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, T. VII, Ed. Losada, Buenos Aires, pp. 791-792; PUIG PEÑA, «Desistimiento del delito», NEJ, t. VII, pp. 275-276 y 280; el mismo, «Frustración», NEJ, t. X, p. 189; QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte general*, 2.^a ed. corregida, aumentada y puesta al día, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1989, p. 527; RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho Penal. Parte general*, 15.^a ed. revisada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, p. 787. Otros autores, por el contrario, consideraban que el término desistimiento era de aplicación a ambas formas imperfectas de ejecución, puesto que, como manifiesta MUÑOZ CONDE, *El desistimiento, op. cit.*, p. 9, «también en la frustración se puede hablar de desistimiento si se considera desde el punto de vista de la consumación ya que en cuanto el autor no llega voluntariamente a la consumación típica desiste de alcanzar la meta que pretendía.» En ambas modalidades, tentativa y frustración, coincidiría el momento subjetivo: desistir de alcanzar la perfección del delito. Diferirían en su manifestación externa: una se mostraría como la no prosecución de los actos delictivos (tentativa, acción de carácter omisivo), la otra como la realización de actos que paralicen lo ya realizado (frustración, acción de carácter positivo). En este mismo sentido, MIR, *Adiciones al Tratado de Derecho Penal de Jescheck*, vol. II, p. 752; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal (PG)*, Rafael Castellanos editor, Madrid, 1986, p. 187; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 231. A esta línea de pensamiento es a la que parece haberse acogido el legislador de 1995 puesto que en el núm. 2 del artículo 16 nos habla de un desistimiento que puede manifestarse de dos formas distintas: de un lado, no continuando con la ejecución ya iniciada –supuestos de tentativa inacabada–; de otro, impidiendo la producción del resultado –hipótesis de tentativa acabada–. *Vid.* en este sentido MIR PUIG, *PG, op. cit.*, 1996, p. 353, núm. 106.

Como ha señalado algún autor y veremos más adelante, se puede plantear aquí uno de los problemas cruciales del Derecho penal: la posible imputación al autor de un resultado lesivo producido por su actuación ilícita precedente y que, sin embargo, no sólo no es querido por el sujeto sino que éste realiza, objetivamente, actos suficientes para impedir su producción. El autor crea un riesgo, riesgo jurídicamente desaprobado, e intenta posteriormente desistir de la consumación, intento que se traduce en la realización de una actividad tendente a contrarrestar los actos realizados utilizando medios, en principio, idóneos para ello pero produciéndose, no obstante, el resultado lesivo; a diferencia de las hipótesis de responsabilidad objetiva el resultado es aquí concreción del peligro efectivamente creado por el autor.

La solución general, tanto legal (al menos hasta la nueva regulación) como doctrinal, unánimemente aceptada, para estos supuestos es la de su punibilidad: sólo cuando el autor consigue desistir eficazmente de su actividad criminal la ley permite la impunidad de los intentos criminales, es decir, cuando el culpable por su propio y voluntario desistimiento decide, bien no continuar con la realización de los actos ejecutivos típicos, bien, cuando a pesar de haber llevado a cabo todos los actos típicos descritos en la norma, los anula, no alcanzando el resultado. Por tanto, lo que caracteriza la ausencia de punibilidad en estas hipótesis es la eficacia del desistimiento, es decir, la no realización del resultado lesivo; de ahí, que cuando éste se produce la conducta deviene punible.

No obstante partir de estos presupuestos, la cuestión que aquí pretende suscitarse es si el desistimiento puede ser relevante a pesar de mostrarse ineficaz; es decir, si el hecho de intentar contrarrestar subjetiva y objetivamente la producción del resultado es capaz de modificar la calificación jurídica que en una primera aproximación sería la de delito doloso consumado, y comprobar si la opción legislativa tomada resulta satisfactoria.

Antes de abordar las distintas soluciones que se prevén para el supuesto planteado, hay que distinguir estos casos de los de tentativa fracasada y delito imposible o tentativa inidónea. En la tentativa fracasada nos encontramos ante actos punibles que se caracterizan porque el sujeto alcanza el convencimiento de la imposibilidad de conseguir la consumación del delito y, obrando en consecuencia, abandona la realización de los actos ejecutivos (6), es decir, no continúa con la realización de todos los actos necesarios para lograr la consumación del delito. En la tentativa fracasada, como ha puesto de relieve Jescheck, nos encontramos ante «un dolo que no puede realizarse (y en consecuencia) tampoco puede aban-

(6) Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, pp. 269-270.

donarse» (7). Aquí no cabe hablar de desistimiento puesto que la voluntad del autor, su dolo, continua siendo querer la lesión del bien jurídico, sólo que ante la imposibilidad de alcanzar dicho resultado abandona la ejecución. Del mismo modo, creo que tampoco cabe plantearse como un problema de desistimiento los casos de delito imposible o tentativa inidónea, supuestos en los cuales bien por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto, el delito no hubiera podido consumarse (8). Si bien es cierto que *ex post* toda acción en grado de tentativa demuestra que su capacidad para lesionar el bien jurídico no era de intensidad suficiente para alcanzar la consumación, será desde ésta perspectiva, una vez conocidas todas las características que concurren en el hecho, cuando pueda decirse qué acciones, ya desde el inicio (*ex ante*), eran suficientemente peligrosas como para poder producir la consumación y, por el contrario, cuáles eran ya incapaces de lesión desde un primer momento; éstas últimas son las que constituyen supuestos de tentativa inidónea o delito imposible (9).

II. LAS DISTINTAS SOLUCIONES DOCTRINALES

Dispar ha sido la respuesta de la doctrina al problema planteado, dada también la diversidad de criterios en que ha fundamentado las soluciones propuestas (10). Veámoslas a continuación.

1. Delito consumado doloso, en su caso, con la atenuante 9.ª del Código Penal

Un primer bloque de soluciones puede agruparse en torno a la idea de calificación de estas conductas bien como delito doloso consuma-

(7) JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 741.

(8) Cfr. JESCHECK, *Tratado, op. cit.*, pp. 725 ss.; MIR, *PG, op. cit.*, 1996, pp. 346 ss., FARRE TREPAT, *La tentativa de delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, pp. 277 ss. Si bien existen autores que sostienen que en las hipótesis de inidoneidad del sujeto nos encontraríamos ante un delito putativo y, en consecuencia, aquí no concurriría la tentativa inidónea, *Vid.* SAINZ DE ROBLES, «Sobre la tentativa del sujeto inidóneo», en *Libro Homenaje al Prof. Beristain*, editado por el Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 626 ss. y 631.

(9) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría, op. cit.*, pp. 270-271; MIR PUIG, *PG, op. cit.*, 1996, p. 346.

(10) Ha de advertirse que en la exposición de las distintas posturas doctrinales, he preferido, por fidelidad a las tesis mantenidas por los distintos autores, mantener el texto y la numeración del antiguo Código Penal, a lo que se añade en algunos casos, el cambio de redacción experimentado en algunos artículos.

do (11), o como un delito doloso consumado al que, en todo caso, se aplicaría la atenuante de arrepentimiento espontáneo (art. 9.9.º CP) (12). El autor realiza los actos objetivamente necesarios para la causación del resultado –coloca la bomba con su detonador para que ésta explote a la hora prevista– de los que cabe deducir la concurrencia del tipo subjetivo doloso, conoce que actuando de esa manera se puede producir la muerte o lesión de algún viandante, y de hecho lo quiere dado que lleva a cabo la acción según el plan previsto, creando, en definitiva, un riesgo para el bien jurídico tutelado, riesgo de todo punto de vista idóneo para la producción del resultado lesivo, resultado que efectivamente llega a producirse y del que no sólo cabe decir que se halla causalmente vinculado a su acción, sino que además puede imputársele de acuerdo con el juicio de imputación objetiva: crea un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en el resultado lesivo efectivamente producido y que además se halla dentro del ámbito de protección de la norma. No puede negarse y, menos eludirse, como se desprende, sobre todo, de la solución propuesta, que en este *iter criminis*, que así descrito parece tan lineal, se introduce un elemento que sería necesario ponderar debidamente: su desistimiento ineficaz. Ineficaz puesto que el resultado lesivo se ha producido concurriendo todos los elementos necesarios para hablar de tipicidad, que en una primera aproximación, se ve confirmada en sede de antijuridicidad. Es por lo que probablemente un sector de la doctrina, ante este *iter criminis*, considere carente de virtualidad el desistimiento del autor, puesto que el resultado lesivo ha llegado a producirse, y pueda afirmar, en consecuencia, que nos encontramos ante un simple delito doloso consumado.

Básicamente, son dos las objeciones que pueden realizarse a este planteamiento: en primer lugar, en la primera de las soluciones apuntada no se tiene en cuenta, ni siquiera a efectos atenuatorios, como señala Muñoz Conde, «el cambio de propósito del sujeto que ha intentado por todos los medios evitar la producción del resultado. El que éste, a pesar de todo se haya producido, no impide que la reprochabilidad de su conducta aparezca atenuada y esta menor reprochabilidad debe tenerse en cuenta en el

(11) JESCHECK, *Tratado, op. cit.*, p. 744. Sólo en aquellos casos en que el resultado se produjese debido a una iniciativa dolosa de la víctima que pudiese impedir la paralización de la acción, cabría la aplicación analógica de la figura del desistimiento.

(12) PUIG PEÑA, «Desistimiento del delito», NEJ, t. VII, p. 281. Recientemente y en el mismo sentido CALDERÓN SUSIN, *Arrepentimiento espontáneo. Estudio del artículo 9.9.º del Código Penal*, Edersa, Madrid, 1990, p. 243; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento, op. cit.*, p. 76. Idéntica solución parece desprenderse del planteamiento de MOZOTAS FATAS, «La atenuante de arrepentimiento activo: artículo 9.9 del Código Penal» en *ADPCP*, fasc. I, 1989, p. 146.

quantum de la pena» (13). En segundo lugar, continúa el mencionado autor, la adopción de esta solución supone, en cierta forma, un retorno a la pura responsabilidad por el resultado, «el principio del *versari in re illicita* vuelve a resurgir potente como en los tiempos medievales, mejor dicho, con un cariz aún más grave, ya que no se hace responder al sujeto de unas consecuencias mayores que las deseadas, sino que se le imputan esas consecuencias producidas en contra de su voluntad que, precisamente, había luchado expresa y seriamente por evitarlas» (14). Como anteriormente señalamos, estamos de acuerdo, en que, en efecto, la actitud de desistir debe ser valorada, y evidentemente la punición de la conducta como un simple delito doloso consumado hace caso omiso de esta circunstancia, en lo que, en mi opinión, cabe disentir, es en atribuir a esta solución vestigios de *versarismo*, dado que el resultado acaecido es concreción del riesgo inicialmente creado por el autor, aunque éste con posterioridad haya cambiado de opinión, no por ello puede olvidarse que *ab initio* quiso, y obró en consecuencia, la lesión del bien jurídico (15). También habría que matizar la apreciación de que este desistimiento supone una menor reprochabilidad en el autor. Ello supondría entender que estamos ante hipótesis de culpabilidad disminuida y, en mi opinión, este cambio en la voluntad originaria lo que en realidad supone es un intento de contrarrestar el dolo inicial del autor, es decir, todavía nos encontramos en el ámbito del injusto y no en sede de culpabilidad.

Por lo que respecta a la apreciación de la atenuante de arrepentimiento espontáneo (art. 9.9.^a), puede salvar la objeción anteriormente expuesta, puesto que, según algunos autores, una interpretación literal de la misma no excluiría su aplicación a estos supuestos (16), ya que «que parece

(13) MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, *op. cit.*, p. 147.

(14) *Ibidem*, p. 148.

(15) En idéntico sentido MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, *op. cit.*, pp. 78 ss.

(16) Cfr. CALDERÓN SUSIN, *El arrepentimiento*, *op. cit.*, p. 243. Entiende este autor que es factible la aplicación de la atenuante 9.9.^a a estas hipótesis. Ahora bien, en caso de partirse de una interpretación rigorista de la misma y, en consecuencia, entender que el arrepentimiento espontáneo es una actividad anterior a la consumación y por ello la atenuante deviene inaplicable a los casos de desistimiento malogrado, siempre cabría la posibilidad de atenuar éstos a través de la atenuante décima, por analogía con aquella. En el mismo sentido MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, *op. cit.*, p. 83. Parece inclinarse también por esta interpretación ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1981, p. 736. Parece deducirse una tesis contraria en DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León, 1985, pp. 96 y 102, en dónde el autor se decanta por la aplicación de la atenuante 9.9.^a únicamente en los supuestos de efectiva consumación del delito, si bien la nota 182 de la página 96 admite que en principio sería posible su aplicación a los casos de hallarse el delito en fase de ejecución siempre y cuando el autor intente reparar los efectos del daño causado y no nos hallemos ante hipótesis de desistimiento eficaz.

que está pensado tanto para los casos en los que el sujeto no quiso evitar la consumación, pero después se arrepintió de haberla conseguido, como para aquellos en los que el sujeto no quiso producir la consumación, pero ésta, en contra de sus esperanzas, se produjo» (17). En una primera aproximación, pudiera parecer una solución razonable, pues en ella se tiene en cuenta la buena voluntad demostrada por el autor, ahora bien, no ha de olvidarse que el acto de desistir, de intentar contrarrestar lo realizado, tiene lugar antes de la producción del resultado lesivo y la apreciación de la atenuante 9.9.^a parece estar pensada para aquellas situaciones en las que el autor intenta paliar los daños ya producidos, es decir, se arrepiente de la producción del resultado. Aquí el injusto ya se habría completado y nos encontraríamos, según algunos autores (18), ante supuestos de reprochabilidad disminuida.

2. Su sanción como delito culposo

Otros autores opinan que la solución más adecuada consistiría en sancionar estas conductas como delitos consumados culposos (19). Propuesta que se fundamenta en la existencia de un error esencial sobre el curso causal que sería evitable con una mayor diligencia por parte del sujeto. La situación de peligro creada fundamenta la previsibilidad del resultado, pudiéndose imputar éste a título de culpa (20).

En mi opinión, sin embargo, no nos encontramos, estrictamente, ante supuestos de error, el autor inicia una acción para alcanzar un determinado resultado y antes de que éste se produzca intenta evitarlo, lo que no se traduce en un error en el devenir causal, sino simplemente en el intento de paralizar éste, si bien no conseguido (21). Pero aún admitiendo la posibilidad de que efectivamente nos encontrásemos ante un error sobre el curso causal, habría de tenerse en cuenta que en los supuestos de error se produce una representación equivocada sobre la relación causal

(17) MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, op. cit., p. 151.

(18) Vid. por todos ALONSO ÁLAMO, *El sistema*, op. cit., p. 737. En contra de esta tesis MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 2.^a ed. revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 507, para quienes «al tratarse de circunstancias que operan en momentos posteriores a la comisión del delito no puede verse en ellas casos de disminución de la culpabilidad, sino meras razones político criminales por las que se pretende favorecer el comportamiento posterior del responsable confesando la infracción o reparando sus efectos».

(19) LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, Morano Editore, Nápoles, 1964, pp. 106 y 107 y nota 58.

(20) Esta solución conseguiría salvar la objeción, anteriormente mencionada, realizada por MUÑOZ CONDE, de encontrarnos ante hipótesis de responsabilidad objetiva por el resultado.

(21) En idéntico sentido MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, op. cit., p. 84.

existente entre la acción y el resultado efectivamente acaecido, es decir, una falsa representación de la forma en que debe producirse el resultado. Dicho error sólo alcanza relevancia, cuando la desviación producida en el curso causal da lugar a un cambio en la valoración jurídica del hecho, por el contrario, cuando ésta no se produce, el error se considera irrelevante y en consecuencia deberá sancionarse la conducta como un delito doloso consumado (22). Es evidente que en los supuestos de desistimiento malogrado aún admitiendo la existencia del error sobre el curso causal, éste será de todo punto irrelevante puesto que la valoración jurídica del hecho no varía.

Fijémonos ahora en uno de los ejemplos utilizados por Latagliata para fundamentar su solución: un enfermero, queriendo matar a un paciente, omite suministrarle la medicación que se le ha prescrito, posteriormente cambia de idea y decide salvarlo sabiéndose a tiempo para ello pero le suministra, por error, un medicamento inadecuado y el paciente fallece por su ingestión. El hecho de que el enfermero se equivoque en la clase de medicamento suministrado carece de relevancia respecto al curso causal que inicialmente se había representado. Quería causar la muerte (omisivamente, dejando de suministrar la medicación) y de hecho la causa (activamente), el resultado es concreción del riesgo, ahora bien, habría que matizar que es concreción de un riesgo distinto al primitivamente iniciado, es decir, en un primer momento el autor deja de suministrar la medicación adecuada con lo que está creando un riesgo para la vida del paciente, para posteriormente suministrar el medicamento equivocado (23), lo que supone un riesgo distinto puesto que este segundo se manifiesta a través de la ausencia de la diligencia que le sería exigible en su actuación.

(22) Sobre el error en los cursos causales *vid.*, por todos, *Gómez Benítez, Teoría, op. cit.*, pp. 232-33.

(23) Por lo que respecta al segundo ejemplo utilizado por el mencionado autor para fundamentar su solución, coincidente con el expuesto por SCHÖENCKE/SCHRÖEDER, en el que una persona deja de suministrar a la víctima las dosis de veneno que inicialmente tenía previstas, pues ya no desea causar su muerte, no obstante ésta se produce por efecto de las ya ingeridas, cabe realizar también algunas consideraciones. Aunque el sujeto creyese que las dosis ya ingeridas eran insuficientes para la causación del resultado ello no significa tanto un error en el curso causal que, en definitiva, se desarrolla tal y como inicialmente había previsto el autor y cuyo resultado es concreción del riesgo precedente creado por él. Si bien es cierto que éste no desea su producción, el acento no debe hacerse recaer en una representación errónea del curso causal (el autor cree que se encuentra en un estadio de tentativa cuando, en realidad, ya ha realizado todos los actos necesarios para la producción del resultado lesivo), sino en la afectación al momento volitivo constitutivo del dolo: no tanto una falta de previsión de cómo puede acaecer el resultado, cuanto no quererlo. Ahora bien, este desistir de la acción, a mi entender, se queda en un momento meramente subjetivo, puesto que no se manifiesta en actos externos que nos permitan su constatación.

En definitiva, en esta propuesta se «deja sin valorar una parte del proceso delictivo completo, la antigua intención de cometer el delito» (24). Se pone el acento en la producción del resultado, pero se elude el tracto sucesivo inicial consistente en la intención inicial de cometer el delito, conseguir el resultado, y el posterior desistimiento voluntario de dicho propósito. En consecuencia, para sus defensores parece ser indiferente que el sujeto pretendiese inicialmente causar la muerte, su acción se va a sancionar igual que si el enfermero, por descuido, hubiese proporcionado al paciente un medicamento equivocado y ello nos condujese a idéntico resultado. Evidentemente ambas situaciones son distintas y por ello, creo que exigen una valoración jurídica diferente.

3. La propuesta de Muñoz Conde: concurso de delitos

Tomando como punto de referencia los distintos ejemplos en los que el autor se apoya para desarrollar su propuesta, la exposición va a dividirse en dos bloques. En el primero se incluyen aquellos casos que no son propiamente de desistimiento malogrado, pero a los que hacemos referencia por creer que de este modo se puede comprender mejor el razonamiento seguido por el autor. En el segundo, adentrándonos ya en la materia objeto de estudio, expondré las hipótesis de desistimiento y la solución propuesta.

El primero de los supuestos manejados por Muñoz Conde supone una excepción a la regla general, puesto que aún habiéndose producido el resultado lesivo para el bien jurídico no se procede a su punición, si bien es necesario aclarar que no son casos de desistimiento sino de causalidad o imputación objetiva. Imaginemos al individuo que apuñala a un tercero causándole lesiones menos graves y arrepentido de ello lo traslada en un taxi al hospital, pero en el camino éste colisiona con otro vehículo, produciéndose la muerte del herido (25). Según entiende el mencionado autor «en los casos en que el sujeto con su desistimiento voluntario haya eliminado totalmente la situación de peligro creado por su anterior intento no podrá imputársele el resultado, si se produce por un hecho fortuito que nada tiene que ver con el anterior intento del autor», y continúa, «no podrá, por tanto, castigársele por homicidio consumado, pero tampoco por frustrado, ya que su desistimiento fue totalmente idóneo para evitar la muerte del apuñalado y anuló la situación de peligro por él producido» (26).

Distintas son las observaciones que, a mi juicio, pueden realizarse en el ejemplo propuesto. En primer lugar, creo que es necesario delimitar

(24) MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, op. cit., p. 151.

(25) MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, op. cit., p. 145.

(26) *Ibidem*, p. 145.

con precisión el ámbito subjetivo, es decir, el dolo del sujeto, su intención. No pueden equipararse situaciones en las que se pretende causar la muerte de la víctima a aquellas en las que únicamente se quieren producir unas lesiones.

Parece deducirse de la argumentación del autor, que el ánimo que mueve al sujeto a actuar es el de matar, ahora bien, teniendo en cuenta que sólo causa unas lesiones menos graves y no prosigue con su acción, es decir, desiste de la misma no continuando con las puñaladas, podríamos encontrarnos ante la figura del desistimiento, concretamente el autor no continúa con la ejecución de los actos tendentes a la causación de la muerte, y en consecuencia, el delito se halla en fase de tentativa. Desistimiento que puede calificarse de idóneo aunque dicha idoneidad, en última instancia no pueda comprobarse, dado que su actuar se haya interrumpido por un segundo curso causal (27) que es el que provoca el resultado de muerte. Luego sólo podría afirmarse su idoneidad y eficacia con un criterio de probabilidad. Nos encontramos ante un curso causal accidental sobrevenido que imposibilita averiguar certeramente aquélla (28). En todo caso, como el propio autor admite, cabría la posibilidad de sancionar el hecho como unas lesiones consumadas (29). Ahora bien, si el resultado

(27) Sobre los cursos causales accidentales sobrevenidos, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría, op. cit.*, pp. 178 ss.

(28) En realidad nos hallamos ante un problema de interrupción del curso causal originario similar a los expuestos por FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Murcia, 1946, pp. 61-62 para quien ante supuestos en los que a pesar de haberse producido la efectiva lesión del bien jurídico deseada por el autor, nos encontremos que no puede predicarse la consumación del hecho delictivo, así «cuando el resultado que ha surgido en la imaginación del agente se produce en realidad, pues dicho resultado puede haberse producido, de una manera, por un camino, que no sea imputable al sujeto». En parecidos términos se expresa GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, (reimpresión) Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 20, nota 1, utilizando el siguiente ejemplo: A lesiona a B con intención de causarle la muerte y éste al dirigirse al hospital fallece víctima de un accidente de circulación, opina el mencionado autor que «en tal caso, sólo es admisible castigar por tentativa. A la existencia del homicidio doloso consumado se opone el haber tenido lugar una desviación esencial del proceso causal no comprendida en el dolo del autor». Más adelante (pp. 94-95), continúa haciendo referencia a estos supuestos que, tradicionalmente, se han denominado por el Tribunal Supremo de interrupción de la relación de causalidad, poniendo de relieve la confusión, no sólo terminológica, a la que conduce este planteamiento. La relación causal existe o no, pero no puede interrumpirse. En realidad se está produciendo una confusión entre los elementos conocidos por el sujeto, aquello que es abarcado por su dolo, y la efectiva causalidad material existente. Negando en estos casos la relación de causalidad PUIG PEÑA, *Frustración, op. cit.*, p. 189, nota 10.

(29) MUÑOZ CONDE, *El desistimiento, op. cit.*, p. 145, nota 109, en donde admite, que, en todo caso, el sujeto podrá ser sancionado por un delito de lesiones en grado de consumación –supuestos de tentativa cualificada–. *Vid.* en este sentido JESCHECK, *Tratado*, vol.II, *op. cit.*, pp. 747-748.

alcanzado fuese el de lesiones graves el planteamiento de la cuestión podría variar. Quizá ya no se pudiese afirmar tajantemente la imposibilidad de sancionar al autor por un delito de homicidio en grado de tentativa puesto que afirmar aquí la eficacia del desistimiento se demostraría harto compleja; evidentemente, no cabría, tampoco, afirmar la imputación objetiva del resultado lesivo dado que éste se produce por un riesgo distinto al creado por el autor.

Por el contrario si el autor en vez de con intención de matar, actúa simplemente movido por un dolo de lesionar, la acción se hallaría ya consumada puesto que se ha alcanzado lo pretendido inicialmente y por ello, en principio, lo único que cabría aplicar al autor sería la atenuante de arrepentimiento espontáneo. Estando ya consumado el hecho delictivo no cabe posibilidad alguna de desistir. También en este caso habría que negar la relación de causalidad entre la acción de apuñalar y el resultado de muerte (30), es decir, continuamos extramuros del ámbito del desistimiento eficaz.

El segundo apartado está compuesto por aquellas hipótesis en que el riesgo creado por el sujeto es adecuado para la producción del resultado, riesgo que el autor no elimina, desde una perspectiva *ex post*, completamente con su desistimiento, a pesar de que lo intenta, y el resultado lesivo llega a producirse. Es decir, hipótesis de desistimiento malogrado y no de causalidad o de imputación objetiva.

A) A quiere matar a B y coloca una bomba en su habitación, horas más tarde arrepentido la desconecta, a pesar de lo cual y con gran sorpresa por su parte, la bomba estalla y causa la muerte de B.

B) A queriendo causar la muerte de B le suministra en pequeñas dosis, veneno. Arrepentido, al tercer día cesa en el suministro de las mismas, produciéndose no obstante la muerte de B a consecuencia de las dosis ya ingeridas.

C) A redacta un artículo injurioso contra B y lo envía a un periódico para su publicación, cuando trata de que éste le sea devuelto a efectos de impedirle, el diario, ya impreso, ha salido a la venta.

(30) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, op. cit., pp. 173 ss., quien entiende que «una vez dentro del marco normativo que es la tipicidad, la afirmación de que una acción ha causado el resultado no es más que un presupuesto a partir del cual seguir investigando si esa causación del resultado es objetivamente imputable a la acción del sujeto.» (p. 173). Más ampliamente Cfr. el mismo, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 16-18, especialmente nota 4 y la bibliografía allí citada. Si bien es cierto que no en todos los casos el criterio de imputación objetiva exige una previa relación de causalidad, por ejemplo en los supuestos de omisión impropia Cfr. por todos el mismo, *Causalidad*, op. cit., p. 18 nota 6.

D) Se realizan maniobras abortivas en una mujer embarazada, pero dado su avanzado estado de gestación, la comadrona desiste de realizar el aborto. Este se produce días más tarde a consecuencia de las ya realizadas (31).

Intentando plasmar jurídicamente los distintos momentos que concurren en la evolución de estos *iter criminis*, propone Muñoz Conde que «el desistimiento malogrado debe de ser castigado por delito frustrado o intentado con la atenuante de arrepentimiento espontáneo u otra análoga en concurso con el delito consumado culposo» (32). En una primera aproximación parece la más acertada de las soluciones propuestas, dado que, como él mismo pone de relieve, en ella se recogen todos los momentos de la secuencia delictiva producida; sin embargo, un análisis detenido de la misma pone de manifiesto, en mi opinión, ciertas insuficiencias que no provienen tanto de la solución propuesta, sino más bien de su afán generalizador, es decir, de su pretensión de validez o aplicabilidad a todas y cada una de las hipótesis planteadas (33).

Éstas responden a situaciones distintas: en los ejemplos B) y D), el desistimiento queda reducido al ámbito de lo subjetivo, no se traduce en una manifestación externa positiva lo que dificulta, en gran manera su constatación, el mero no continuar con la acción inicialmente querida, a mi entender, no es suficiente (34). A ello se añade que el autor cree que todavía no ha realizado todos los actos necesarios para la consecución del hecho delictivo, creencia que se demuestra errónea, dado que el resultado se produce como concreción del riesgo creado por él. Imputar

(31) Ejemplos tomados de MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, *op. cit.*, pp. 146-147.

(32) MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, *op. cit.*, p. 152; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 473. Partidarios de esta solución son también OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *PG*, *op. cit.*, p. 194. En la mencionada monografía MUÑOZ CONDE no hace una referencia expresa al tipo de relación concursal existente entre ambas figuras delictivas, pareciendo la solución más plausible, entender que nos encontramos ante un concurso ideal de delitos, en este sentido se manifiesta MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, *op. cit.*, p. 76, nota 5. Si bien recientemente en su obra MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, *op. cit.*, p. 443 explícitamente indican que en estas hipótesis nos encontramos ante un concurso real de delitos.

(33) En el mismo sentido de predicar su insuficiencia por su carácter globalizador, *vid.* MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, *op. cit.*, p. 75.

(34) STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible*, traducción de la 2.ª ed. alemana de Gladys ROMERO, Edersa, Madrid, 1982, pp. 222-223, núm. 715. Según este autor «La concepción, representada ocasionalmente, según la cual el autor habría desistido de la tentativa también en este caso y se beneficiaría con la impunidad, quedando quizá un resto de responsabilidad por la producción culposa del resultado, se contradice, por un lado, con la circunstancia de que ya nada queda en tentativa sino que el delito se consuma; por lo tanto, la desviación del nexo causal resulta irrelevante».

este resultado a título culposo, como pretende Muñoz Conde, requeriría la creación de un segundo riesgo que supusiese la infracción de la norma objetiva de cuidado, cosa que aquí no se produce. Más bien nos encontraríamos ante un error sobre la idoneidad del desistimiento (35), puesto que al autor no le queda capacidad para desistir, el delito ya se ha consumado, si bien, desde su perspectiva, antes de lo previsto.

En parecidos términos podríamos expresarnos respecto al caso C). Aquí el autor ha realizado todos los actos necesarios para la consumación del hecho, y efectivamente su desistimiento, a diferencia de las hipótesis anteriores, si se manifiesta externamente, puesto que el autor se traslada al periódico intentando con ello impedir la publicación del escrito injurioso. Se pretende sancionar la conducta dolosa del sujeto como frustrada o intentada puesto que, entiende el autor, no se ha anulado totalmente la situación de peligro creada con la conducta inicial. Ahora bien el resultado acaecido es concreción del riesgo creado, y querido inicialmente, por el autor, es decir, la situación de peligro se crea dolosamente y no a título de imprudencia, como mantiene Muñoz Conde (36), a lo que se añade que ese peligro se concreta en el resultado efectivamente acaecido, lo que conduce forzosamente a la consumación del delito. No acierta a dilucidarse en qué momento se sitúa la infracción de la norma objetiva de cuidado necesaria para la concurrencia del tipo imprudente (37). También aquí podemos decir que el autor con su actividad no crea un riesgo ilícito distinto al iniciado, que indudablemente tenía una carácter doloso. Por

(35) Cfr. JESCHECK, *Tratado*, vol. II, *op. cit.*, pp. 743-744, donde se hace referencia a las hipótesis de tentativa inacabada en las que el resultado se produce antes de lo previsto por el autor y, en consecuencia, antes de que pueda realizar su desistimiento, lo que en opinión de este autor da lugar a la exclusión de la impunidad por desistimiento.

(36) MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, *op. cit.*, p. 153.

(37) Como de todos es conocido, la estructura del tipo imprudente se caracteriza por la infracción de la norma objetiva de cuidado. Esta diligencia exigible, cabe desglosarla en dos momentos distintos: en primer lugar, está constituida por el denominado deber de cuidado interno —o examen previo— consistente en advertir y valorar la existencia de un peligro para el bien jurídico; en segundo lugar, esta advertencia debe traducirse en un deber de cuidado externo consistente en omitir la realización de la actividad peligrosa, o realizarla tomando las precauciones necesarias, o bien cumplir, antes de actuar, una labor de información. Cfr., por todos, JESCHECK, *Tratado*, vol. II, *op. cit.*, pp. 797-800; en la doctrina española CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989, pp. 43 ss. En las hipótesis aquí manejadas, el autor es consciente del peligro que ha creado con su conducta dolosa precedente pero con su actividad de cara a impedir el resultado lesivo, no es que infrinja el cuidado exigible, sino que desiste, es decir, modifica el elemento subjetivo, el dolo. No deben confundirse ambos momentos, puesto que la modificación de su intención afecta al contenido de injusto de la conducta, mientras que calificar el hecho como negligente pertenece al ámbito de la estructura del tipo imprudente.

lo que parece que la imputación de un delito consumado doloso, sería una solución más adecuada para este caso. Puede que en realidad se estén confundiendo dos momentos distintos: el autor persigue dolosamente la lesión del bien jurídico tutelado, pero en un momento determinado altera esa volición, es decir, su dolo se transforma, ello no debe traducirse en una imputación culposa del resultado, sino que ese desistimiento del autor afecta, no sólo (38), al momento subjetivo del tipo, afecta al contenido propio del injusto.

En mi opinión, únicamente para la hipótesis A) puede ser válida la solución mantenida por el citado autor, puesto que en ella sí se recogen adecuadamente cada uno de los distintos momentos de la acción, tanto objetiva como subjetivamente, emprendida por el autor. A coloca la bomba con la pretensión de causar la muerte (delito doloso), pero antes de que ésta estalle decide que ya no quiere la producción de la muerte (desistimiento en la tentativa acabada puesto que el resultado todavía no se ha producido) (39), esta actitud se traduce en la realización de actos dirigidos a desactivar el artefacto, actos que el sujeto sabe idóneos pero no obstante el resultado se produce (posible creación de un segundo riesgo consistente en no observar todo el cuidado debido en la realización de la conducta) (40). Habría que aclarar que, desde luego, si el resultado efectivamente acaecido es totalmente fortuito, es decir el autor lleva a cabo todos los actos idóneos y necesarios para evitar su producción y éste se alcanza, bien por la intervención dolosa o culposa de un tercero, bien por puro azar, el desistimiento habrá sido eficaz y dará lugar a la impunidad del sujeto, pues de lo contrario nos encontraríamos ante hipótesis de responsabilidad objetiva, que deben ser totalmente descartables.

III. REQUISITOS NECESARIOS PARA DOTAR DE EFICACIA AL DESISTIMIENTO EFICAZ FRACASADO.

Si pretendemos dotar de una eficacia relevante a este desistimiento malogrado se demuestra necesario proponer las condiciones o requisitos que éste debe cumplir. Para ello pasamos a exponer, siquiera somera-

(38) También se ve afectada la parte objetiva, dado que el cambio anímico del autor se traduce en hechos, puesto que intenta anular lo, hasta ese momento, realizado, llevando a cabo una contra-acción que intenta variar el curso causal.

(39) En contra MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento, op. cit.*, pp. 77 ss. Para quien, «si estamos ante un comportamiento doloso y ante un resultado típico unidos ambos por un nexo causal, ¿cómo es posible hablar de frustración y no de un homicidio doloso consumado?».

(40) Critica expresamente este planteamiento MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento, op. cit.*, pp. 80-81.

mente, cuál es la estructura del tipo de tentativa acabada (41) y en qué momento y bajo qué condiciones puede incidir en ella el mencionado desistimiento.

En esta estructura pueden distinguirse dos momentos: el objetivo y el subjetivo. Comenzando por este segundo, tradicionalmente la doctrina ha venido admitiendo la existencia de identidad entre el tipo subjetivo de las formas imperfectas de ejecución –tentativa y frustración– y el de la consumación (42), consistiendo éste en la voluntad de cometer el delito, sin embargo un sector doctrinal entiende que en la tentativa inacabada no pueden identificarse, al menos plenamente, puesto que el dolo, en su aspecto cuantitativo, no es equiparable en ambos momentos subjetivos (43). Cuestión distinta es la planteada respecto a la frustración, en la que sí es posible hacer coincidentes los dos momentos subjetivos (44). Para configurar plenamente el tipo subjetivo será necesaria la concurrencia, siempre y cuando el delito así lo exija, de los correspondientes elementos subjetivos del injusto (45).

(41) Resultaba debatida en nuestra doctrina la equiparación entre los conceptos de tentativa acabada y frustración y tentativa inacabada y tentativa, partidarios de su equiparación eran COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *PG, op. cit.*, p. 539, si bien en la nota 58 matizan que esta equiparación no es absoluta puesto que el término tentativa acabada hace referencia a la realización completa del plan del autor, mientras que el concepto de frustración se mide en términos objetivos. En este mismo sentido se manifiestan GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría, op. cit.*, p. 131; MIR, *PG, op. cit.*, p. 372; PUIG PEÑA, *Frustración, op. cit.*, p. 188; QUINTERO OLIVARES, *PG, op. cit.*, p. 257. En contra de esta homologación terminológica y conceptual por creer que la distinción establecida por el Código Penal español entre las formas imperfectas de ejecución responde a criterios claramente objetivos BUSTOS, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Ed Ariel, Barcelona, 1984, p. 312; RODRÍGUEZ DEVESA, *PG, op. cit.*, p. 785.

(42) *Id.*, por todos, RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Ed. Ariel, Barcelona, 1976, pp. 95 ss. y 125.

(43) Sobre la problemática del tipo subjetivo de la tentativa, *vid.*, por todos, FARRE TREPAT, *La tentativa, op. cit.*, pp. 68 ss., y la bibliografía allí citada. En las pp. 130-133, explícitamente se manifiesta la autora por la ausencia de coincidencia entre la parte subjetiva del delito tentado y el consumado.

(44) FARRE TREPAT, *La tentativa, op. cit.*, pp. 245-246, la autora expresamente reconoce la posibilidad de que ambos momentos subjetivos sean coincidentes, puesto que «en la frustración el autor realiza todos los actos que son necesarios para la consumación. La voluntad de ejecutar estos actos efectivamente manifestada equivale, pues, a la voluntad de consumación» (p. 245). En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría, op. cit.*, p. 263; MIR PUIG, *PG, op. cit.*, pp. 370 y 374. Igual planteamiento cabe realizar en la actual tentativa acabada, como pone de manifiesto MIR PUIG, *PG, op. cit.*, 1996, p. 344, núm. 77.

(45) FARRE TREPAT, *La tentativa, op. cit.*, p. 247. Esta voluntad genérica de cometer el delito se traduce en la exigencia de un comportamiento doloso, lo que para algunos autores significa que es suficiente la constatación de cualquier clase de dolo incluida su forma eventual, sobre este particular, *vid.* FARRE TREPAT, *La tentativa, op. cit.*, pp. 77-95, expresamente (pp. 93-95), entiende que se admite la forma de dolo

Por lo que respecta a la parte objetiva es necesaria la realización de todos los actos que deberían producir el resultado, así como la no producción del mismo (46). A estas dos características otros autores añaden la idoneidad de la conducta llevada a cabo para producir el resultado (47) y la ausencia de un arrepentimiento activo eficaz (48). En resumen, la diferencia entre la frustración y la consumación de un delito radica exclusivamente en el ámbito de lo objetivo, dado que en el subjetivo, ambas estructuras muestran plena identidad (49).

Para poder atribuir al desistimiento malogrado cierta eficacia, y en consecuencia, reconocer su capacidad de modificar el contenido de injusto será necesario sentar las condiciones en que éste debe llevarse a cabo para, con posterioridad, indagar las distintas posibilidades que su concurrencia nos ofrece. En definitiva, se han de perfilar sus requisitos para que este desistimiento ineficaz obtenga una «eficacia» de cara a contrarrestar tanto la causalidad iniciada por el autor como su dolo inicial.

En primer lugar, es evidente que el sujeto debe contrarrestar el dolo inicial, es decir, no debe querer la producción del resultado lesivo. Este no querer el resultado no significa que su primera intención se anule, desaparezca del mundo de los hechos, al contrario, nos encontramos con un querer del sujeto que en un momento determinado se reconvierte en un no querer. Para poder constatar esta evolución del momento subjetivo de la conducta debería ser requisito indispensable que este cambio del elemento volitivo se traduzca en hechos tendentes, también, a contrarrestar lo hasta ahora llevado a cabo, fundamentalmente en el ámbito de la causalidad. Será necesaria una actividad del sujeto dirigida a neutralizar su anterior actuación, actividad que, como la propia expresión indica, deberá ser de carácter activo: realización de toda conducta necesaria para impedir la efectiva producción del resultado lesivo.

No sería suficiente la omisión para contrarrestar la causalidad anteriormente iniciada. Así, en los ejemplos mencionados en las letras C) y E), el autor se limita, simplemente, a no continuar con la acción inicialmente planeada. Desde nuestra perspectiva lo único que aquí se preten-

eventual, siempre y cuando se considere que éste constituye una clase de dolo. En contra de esta tesis, recientemente, TAMARIT SUMALLA, *Tentativa*, op. cit., pp. 547 ss.

(46) RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, p. 92; FARRE TREPAT, *La tentativa*, op. cit., pp. 243 ss.

(47) RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, op. cit., p. 94; PUIG PEÑA, *Frustración*, op. cit., p. 188.

(48) Vid en este sentido FERRER SAMA, *Comentarios*, op. cit., pp. 59 y 69; RODRÍGUEZ DEVESA, *PG*, op. cit., p. 787; PUIG PEÑA, *Frustración*, op. cit., p. 188. Se cuestiona si este elemento constituye parte del tipo o bien, se trata de una circunstancia de exclusión de la pena no perteneciente al injusto sino a la punibilidad.

(49) RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, op. cit., p. 95.

de anular es la componente subjetiva de la conducta, es decir, el dolo. El autor ya no quiere la causación de la muerte por veneno, o la producción del aborto y, para ello abandona la realización de actos, de acuerdo con su plan de ejecución inicial, necesarios para que el resultado lesivo se produjese. Contrarresta su volición, y ello se pone de manifiesto en su dejar de actuar, pero no intenta contrarrestar la parte objetiva de su acción –anular lo ya acaecido hasta ese momento–, el desvalor de acción hasta entonces realizado perdura y aunque lo ignora, ya ha llevado a cabo todas las condiciones necesarias para que el resultado lesivo se produzca. No nos encontramos ante un error sobre el curso causal puesto que el resultado producido acontece tal y como el sujeto había imaginado –y aún existiendo se demostraría irrelevante puesto que la calificación jurídica del hecho no varía–, podría existir, en todo caso, un fallo en el control de la mencionada causalidad: el autor piensa que no continuando con su actividad el curso causal se verá paralizado, cosa que efectivamente no sucede. Es necesario que el autor intente contrarrestar todos y cada uno de los momentos positivos que constituyen el injusto, desde sus dos vertientes objetiva y subjetiva. En estas hipótesis sólo se contrarresta una de ellas, la subjetiva (manteniéndose subsistente la objetiva), que quizás pueda tener su efecto como disminución del grado de reprochabilidad, en la culpabilidad, a través de la aplicación de una atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo.

En la hipótesis que nos sirve de punto de partida deberá realizar las maniobras necesarias para que la bomba no estalle –desactivar el temporizador, desconectar los cables, ...–, actuaciones que objetivamente *ex ante* deberán ser idóneas y suficientes para que el resultado no aconteciese. En función del valor que quiera concederse a este desistimiento no cabría aceptar que la acción llevada a cabo fuese ya *ex ante* objetivamente inidónea –el autor únicamente desconecta un cable sin preocuparse de si ello es suficiente o no para que el artefacto no estalle–. Por ello actos que *ex ante* y de acuerdo con los conocimientos del autor fuesen suficientes para que el resultado no llegue a producirse. Es decir, los medios utilizados por el autor para neutralizar el curso causal por él iniciado, deberán ser medios idóneos, esto no supone contradicción alguna, dado que aquí la idoneidad va referida a la cualidad y cantidad del medio utilizado y no al resultado efectivamente acaecido, con respecto al cual la ineficacia del medio, *ex post*, es evidente. *Ex ante* el sujeto debe realizar todas las acciones necesarias tendentes a la paralización o neutralización del curso causal, deben ser objetivamente suficientes para evitar el resultado lesivo. En definitiva, debe de intentar disminuir el riesgo anteriormente creado con su acción.

El segundo de los requisitos de necesaria concurrencia para dotar de cierta virtualidad al desistimiento malogrado consistiría en la realización directa por parte del autor de los actos necesarios para contrarrestar el

desvalor de acción hasta entonces ejecutado. Puede objetarse que cuando nos encontramos ante hipótesis de desistimiento eficaz, es decir, cuando se consigue la no producción del desvalor de resultado, es indiferente con que el mismo venga realizado directamente por el autor o por terceros (50). Al no producirse el desvalor de resultado –se evita la efectiva lesión al bien jurídico– el ordenamiento jurídico premia (51) al autor, siempre y cuando desista libre y voluntariamente, con la impunidad aún cuando efectivamente, *ex ante*, hubiese creado un riesgo para aquél. El acento se hace recaer en el desvalor de resultado, concretamente, en su evitación, de ahí que siempre y cuando éste no se produzca es indiferente quién posibilite directamente, el propio autor o un tercero dirigido por éste, esta ausencia de lesión. Sin embargo, en la hipótesis por nosotros manejada el bien jurídico se lesiona, en definitiva, el desvalor de resultado llega a producirse, por ello las exigencias respecto al autor, de cara a una posible exención o atenuación de la pena, deberán ser mayores que cuando este resultado lesivo alcanza a ser evitado. El autor debe de tener capacidad, *ex ante*, para realizar estas acciones de forma causalmente idónea y así, tratar de evitar el resultado, debe de ostentar el dominio del hecho.

Otra posible objeción que pudiera realizarse a este requisito consiste en que en determinadas circunstancias se considere más razonable, por suponer una mayor disminución de riesgo con respecto al interés tutelado, que la labor de desistimiento sea realizada por un tercero (imagínemos al especialista en desactivación de explosivos, que puede desconectar la bomba con mayor eficacia y menor riesgo que el autor). En estos casos, en mi opinión, sólo obtendría el desistimiento capacidad para disminuir el injusto, cuando del autor pueda predicarse un dominio de la voluntad sobre el tercero, es decir, hipótesis paralelas a la de autoría mediata (52), en las que el hombre de atrás instrumentaliza al ejecutor material y, en consecuencia, la voluntad de ejecutar la acción corresponde a aquél. No sería suficiente con el mero poner en conocimiento, por ejemplo avisar a la policía de la colocación de un artefacto, es necesario

(50) *Vid.* por todos JESCHECK, *Tratado, op. cit.*, p. 744.

(51) La utilización de éste vocablo no conlleva connotación alguna relativa al fundamento de la exención de penalidad para los supuestos de desistimiento voluntario; por ello, no estoy aludiendo a la teoría del premio o de la gracia. Sobre las distintas teorías al respecto, *vid.* JESCHECK, *Tratado, op. cit.*, pp. 736 ss.; JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado, op. cit.*, T. VII, pp. 799 ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento, op. cit.*, pp. 37 ss.; MUÑOZ CONDE, *El desistimiento, op. cit.*, pp. 13 ss. Se comparte la idea de fundamentar la exención de punición de estos supuestos en la ausencia de necesidad preventiva de pena, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría, op. cit.*, pp. 266-267; MUÑOZ CONDE, *El desistimiento, op. cit.*, pp. 36 ss.

(52) Cfr. al respecto GÓMEZ BENÍTEZ, «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», en *ADPCP*, fasc. I, 1984, pp. 109 ss.

poseer un control personal del curso causal. Es esta circunstancia la que en realidad pone de manifiesto esa disminución de la potencialidad delictiva.

En resumen, este desistimiento ineficaz *ex post* debe demostrarse *ex ante* idóneo: en principio el sujeto realiza todas las componentes objetivas y subjetivas del tipo, para posteriormente decidir contrarrestarlas, no sólo subjetivamente, no queriendo ya la lesión del bien jurídico, sino también objetivamente, llevando a cabo las acciones necesarias, idóneas, para neutralizar el curso causal anteriormente iniciado, o bien, ostentar el dominio de la voluntad si el desistimiento se realiza a través de terceros. De ahí que considere más correcto hablar de desistimiento idóneo fracasado, puesto que los medios utilizados por el autor son idóneos para contrarrestar el curso causal iniciado pero, en última instancia, fracasan.

IV. LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 16 DEL CÓDIGO PENAL

A diferencia de la situación legal hasta ahora vigente, el nuevo artículo 16 del Código Penal regula, por primera vez algunos supuestos de los calificados tradicionalmente como de desistimiento malogrado. Concretamente en el número 3 del mencionado precepto se exonera, en los casos de codeinuencia, a aquellos sujetos que desistan de la ejecución ya iniciada aunque el resultado lesivo haya llegado a producirse, siempre y cuando intenten impedir seria, firme y decididamente, la producción del resultado lesivo (53). En una primera aproximación puede parecer que la mencionada norma solventa los problemas hasta ahora planteados por los casos de desistimiento malogrado. No obstante, y aún suponiendo un avance frente a la anterior total ausencia de regulación, creo que con ella van a surgir graves problemas de interpretación. Veamos detenidamente los distintos supuestos regulados.

La regla general de las condiciones y efectos del desistimiento viene establecida en el número 2 del artículo 16 quedando en él reflejados los efectos del desistimiento tanto para los supuestos de tentativa acabada –impidiendo la producción del resultado–, como inacabada –desistiendo de la ejecución ya iniciada–. Cabe aquí resaltar dos elementos distintos: uno, que lo relevante para la aplicación de la exención de responsabilidad penal es que el resultado lesivo o dañoso no llegue a producirse, es decir, el desistimiento debe de ser eficaz; y dos, que la actuación del su-

(53) Artículo 16.3: «Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.»

jeto debe caracterizarse por su voluntariedad. Dicha exención de responsabilidad criminal parece que está pensada exclusivamente para los supuestos de autoría. Es decir, que si el autor del hecho voluntariamente, a pesar de haber iniciado la ejecución del hecho consigue que el resultado lesivo no llegue a producirse, bien no continuando con los actos necesarios para su producción; bien, impidiendo la producción de la lesión al bien jurídico, quedará exento de responsabilidad criminal. Hasta aquí nada que objetar. Sin embargo, más problemática se presenta la redacción del número 3 del mencionado artículo. Varias son las posibilidades interpretativas que, en mi opinión, este párrafo ofrece y que pueden dar lugar a la consagración de un doble sistema de desistimiento.

En una primera aproximación parece que está pensando en los requisitos necesarios para que el desistimiento tenga eficacia aunque el resultado lesivo haya efectivamente acaecido, en hipótesis de participación, es decir, no es el autor quien desiste, sino sus colaboradores, los partícipes, en su aportación a la realización del injusto (54). En consecuencia, éstos, siempre y cuando intenten impedir el resultado sería, firme y decididamente, aunque no lo consigan, quedarán exentos de responsabilidad criminal. Interpretación en la que no se alcanzaría a comprender la lógica, o dicho de otra manera, las razones político criminales que han movido al legislador para eximir de responsabilidad a los partícipes en el delito y excluir de ella al autor del hecho que también intenta la evitación del resultado aún no consiguiéndola (55), aunque su intento también haya sido firme y serio. En mi opinión, de forma más correcta, cuando el autor haya realizado *ex ante* actos idóneos para la paralización del curso causal.

Una segunda posibilidad interpretativa consiste en que la exención prevista en el número 3 del artículo 16 también tenga posibilidades de alcanzar al autor. Es decir, aquí el legislador podría estar pensando en supuestos de realización de un plan delictivo llevado a cabo entre varios sujetos (hipótesis de códelincuencia) y tanto el autor, como cualesquiera de los partícipes que colaboran con él a la realización del injusto, si intentan impedir el resultado, alcanzarán los beneficios del desistimiento. Esta interpretación resulta claramente insatisfactoria; todavía se comprendería menos por qué los beneficios de este desistimiento malogrado sólo podrían alcanzar al autor cuando ejecuta el hecho con uno o varios colaboradores y no solo. En definitiva, sería tanto como crear un doble régimen de exención en función del número de intervinientes en la acción delictiva (a mayor número de partícipes en el delito mayor benefi-

(54) Ésta parece ser la tesis sostenida por MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *PG, op. cit.*, p. 443.

(55) En idéntico sentido crítico MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento, op. cit.*, p. 174.

cio), siendo evidentemente más beneficioso actuar en grupo que en solitario, puesto que en el primer caso el intento serio de impedir el resultado, aunque se demuestre ineficaz, dará lugar a la exención de responsabilidad, mientras que en el segundo caso sólo la evitación de la lesión efectiva del bien jurídico dará lugar a la exención de responsabilidad criminal (56).

Por último, una tercera posibilidad supondría pensar que se está haciendo referencia, exclusivamente, a las hipótesis de coautoría, es decir, que la expresión «intervengan varios sujetos» se refiere a aquellos que ostenten la condición de autor, luego el desistimiento de los partícipes carecería de expresa regulación legal. Esta posibilidad se demuestra igualmente insatisfactoria, por los argumentos aducidos con anterioridad, puesto que de nuevo se estaría estableciendo un doble régimen, a la hora de obtener el beneficio del desistimiento, para los autores del hecho delictivo.

En segundo lugar, y dejando de lado a los sujetos que pueden desistir de la ejecución del hecho, debemos centrarnos en el «modo» exigido por el legislador en el artículo 16 para que el desistimiento malgrado obtenga eficacia exoneradora. En él se prevé que el autor, o en su caso los partícipes, deben «intentar impedir, seria, firme y decididamente, la consumación». En mi opinión no parece que sea esta la fórmula más adecuada que podría emplearse, pues ello supone la utilización de una expresión vaga y difusa que debería haberse intentado delimitar con una mayor precisión. Quien avisa a la policía del lugar y hora exactos en que va a estallar el artefacto explosivo y luego se despreocupa de si efectivamente ésta concede o no credibilidad a la llamada ¿puede ser considerado autor de un intento serio y decidido de que el artefacto no estalle?, o por el contrario, ¿sólo encontraremos firmeza en su decisión si acude personalmente al lugar de los hechos para intentar desactivar el artefacto explosivo? ¿Qué debe entenderse por un intento serio, firme y decidido?

V. LA INCIDENCIA EN EL INJUSTO DEL DESISTIMIENTO IDÓNEO FRACASADO

Si la figura del desistimiento afecta al injusto, evidentemente, las soluciones que puedan darse pasan por las distintas concepciones que del mismo se mantengan, es decir, debemos remitirnos a la relación existente entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado como elementos constitutivos del aquél. Básicamente y, prescindiendo de las particulari-

(56) En idéntico sentido MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, *op. cit.*, p. 175.

dades que cada concepción manifiesta, existen actualmente dos formas distintas de concebir el injusto: como desvalor de acción (concepciones monistas) y, la concepción dualista, que entiende como necesaria la conjunción de ambos elementos para su configuración.

1. Concepciones monistas: el injusto como desvalor de acción

Dentro de las concepciones monistas del injusto, se ubican quienes hacen recaer la conformación del injusto en el desvalor de acción. Esta línea de pensamiento surge con Welzel y se manifiesta en su concepción de la acción, entendida ésta como expresión de finalidad, en la que la atención se hace recaer en el desvalor de acción como elemento básico para poder fundamentar el injusto penal. Según el propio Welzel, «la lesión del bien jurídico (el desvalor de resultado) tiene sólo relevancia en el Derecho penal dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de la acción). El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el Derecho penal. El desvalor de resultado (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento, que carece de independencia, de numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro)» (57). En consecuencia, aquí el desvalor de resultado no fundamenta el injusto, todo lo más puede dotársele de un valor aumentante de éste, pero carece de una función independiente del desvalor de acción (58). Extiende esta consideración a los tipos imprudentes en los que la función que el resultado cumple es explicada así por el propio Welzel, «el elemento esencial de lo injusto en los delitos culposos no consiste en el resultado causado, sino en la forma de ejecución de la acción emprendida; lo importante es si en ésta se ha observado, o no, el cuidado necesario en el tráfico. *Con el desvalor de la acción queda fundamentado ya completamente lo injusto material de los delitos culposos*, mientras que el resultado producido lleva a cabo solamente una ‘selección’ dentro de él, en relación con su punibilidad» (59). Este planteamiento es recogido, con matices, por un sector de la doctrina que profundiza en el contenido del desvalor de acción en detrimento, cada vez mayor, del desvalor de resultado, si bien desde dos perspectivas distintas. De un lado, quienes propugnan una concepción objetiva de aquél y, por el contrario, los que identifican el desvalor de acción con el desvalor de la intención.

(57) WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, trad. y notas de José CEREZO MIR, Ed. Ariel, Barcelona, 1964, p. 68.

(58) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, p. 147.

(59) Welzel, *El nuevo sistema*, *op. cit.*, p. 18 (en cursiva en el original).

Dentro de la primera tendencia cabría ubicar, por ejemplo, la tesis mantenida por Mir Puig (60) para quien si bien lo injusto se halla constituido únicamente por el desvalor de acción, éste se concibe de forma objetiva: si el fundamento de la pena es evitar la comisión de delitos, esto sólo puede alcanzarse si la norma penal es capaz de motivar a los ciudadanos a su no comisión. El Derecho penal no puede prohibir la causación de resultados, sino solamente comportamientos voluntarios capaces de alcanzar dichos resultados. Las normas penales sólo pretenden regular conductas humanas que son las que pueden dar lugar a los resultados lesivos por lo que «sólo podrán considerarse contrarias al Derecho penal dichas conductas distintas a las deseadas por sus normas. La antijuridicidad deberá entenderse como antinormatividad, esto es, como contradicción con la regulación deseable por el Derecho penal, y no como la causación, como estado, de la lesión de un bien amparado por el Derecho penal» (61). Ello, a juicio del autor, no obliga a abandonar el ámbito de lo objetivo, «el núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la voluntad de realizar una acción prohibida, sino en la realización voluntaria de la conducta social que el Derecho pretende prevenir» (62). Si se quiere un Derecho penal que cumpla una función preventiva no cabe más que fundamentar el injusto en el desvalor de acción (63). ¿Qué papel asigna entonces al desvalor de resultado?, éste, en su opinión no condiciona la prohibición del hecho ni integra, en consecuencia, lo injusto (64), pero sí su punibilidad, por lo que concluye que el resultado es una condición objetiva de punibilidad (65).

(60) Sobre su concepción de lo injusto, *vid.* MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed. revisada, ed. Bosch, Barcelona, 1982, especialmente pp. 57 ss.

(61) MIR PUIG, *Función*, *op. cit.*, p. 61.

(62) *Ibidem*, p. 62.

(63) *Ibidem*, pp. 60-61.

(64) Si bien es cierto que desde su perspectiva el resultado no tiene capacidad para fundamentar el injusto, no por ello deja de reconocer el autor que esta consideración, de eminente carácter dogmático, no puede dejar de acompañarse de consideraciones de carácter político criminal, que van a permitir que en determinados supuestos de ausencia de resultado pueda disminuirse o renunciar a la pena, «la realidad demuestra que la producción de un resultado lesivo constituye una *prueba*, a veces la única segura, sobre la peligrosidad que entrañaba la realización de la acción que lo ha causado. La conducta que efectivamente ocasiona una lesión puede probar con ello su capacidad para producirla, mientras que la que de hecho no causa resultado lesivo alguno, no es seguro que fuera tan peligrosa», MIR, *Función*, *op. cit.*, p. 66.

(65) MIR PUIG, *PG*, *op. cit.*, p. 145. Ahora bien, hay que tener en cuenta que para el autor la tipicidad penal «requiere tanto los elementos que fundamentan el injusto como los que condicionan su 'punibilidad'», por lo desde esta perspectiva el resultado también pertenece al tipo penal. En el mismo sentido, *vid.* SILVA SÁNCHEZ,

Una postura singular entre esta concepción monista objetiva y las tesis dualistas, es la que mantiene Gómez Benítez para quien, «el desvalor de resultado no es, pues, *un elemento independiente o autónomo en el plano de lo injusto, sino dependiente del desvalor de la acción, del que forma parte*» (66). Parte el autor de un concepto de injusto personal en el que el desvalor de resultado cumpliría, por tanto, una función aumentante del injusto pero no constitutiva del mismo, por lo que no nos encontramos ante un concepto independiente o dotado de autonomía, pues, en tal caso, éste se ubicaría junto al desvalor de acción (67). Sin embargo, a diferencia de Mir, no considera Gómez Benítez que el resultado sea una mera condición objetiva de punibilidad, aunque tampoco le dota de fuerza suficiente como para constituirse en elemento cofundador del injusto.

Distinta es la aproximación que a este mismo problema realiza Zielinski, quien enfatiza la función fundadora del injusto por parte del desvalor de acción haciéndolo equivalente al desvalor de intención y sosteniendo que basta su sola presencia para la configuración del injusto. Resulta así indiferente la existencia o no del resultado (68), porque su

«Aberratio ictus e imputación objetiva», en *ADPCP*, fasc. II, 1984, pp. 366-367; el mismo, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, pp. 415 ss. En contra HUERTA, *Sobre el contenido, op. cit.*, p. 40, quien muestra su disconformidad con la idea de acudir a las condiciones objetivas de punibilidad para justificar la menor punibilidad que se desprende de nuestro ordenamiento jurídico para las formas imperfectas de ejecución frente a la consumación del delito.

(66) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría, op. cit.*, p. 82. Subrayado en el original.

(67) Sobre su concepción de lo injusto, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, Universidad Complutense, Madrid, 1980, pp. 145-162, en donde el autor, partiendo de la diferenciación entre el desvalor de resultado y el concepto de resultado efectivamente acaecido (resultado estructural), y pretendiendo dotar al primero de ellos de una capacidad aumentante del injusto, entiende que esto sólo será posible introduciendo criterios de graduación del propio desvalor de acción. Para conseguir fundamentar esta teoría recurre a los conceptos de «capacidad de resultado» y «poder de resultado de la finalidad». El primero de ellos, en cuanto categoría que se aprecia según criterios de experiencia y probabilidad, no tiene relación directa con el resultado efectivamente acaecido (pueden existir acciones incapaces de resultado y que sin embargo nos conduzcan al mismo), sino que nos encontramos ante un criterio cognoscible *ex ante* por un observador imparcial y que trata de indagar sobre la aptitud que posee una determinada acción para producir el resultado que el autor pretende con la misma. Mientras que el poder de resultado con finalidad es la vía por la que se introduce el desvalor de resultado en el injusto, aumentándolo. El poder de resultado, *ex post*, conduce siempre al resultado estructural (pp. 148-149)

(68) ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, trad. por Marcelo A. SANCINETTI, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pp. 143 ss. El desvalor de resultado puede en todo caso aumentar el ilícito, pero no fundamentarlo. A parecida conclusión llega GÓMEZ BENÍTEZ, sólo que éste no parte de una concepción netamente subjetiva del desvalor de acción.

efectiva realización depende del azar y su única función es constituirse en manifestación externa de lo injusto; «no existe, entre el resultado y la acción ilícita, ninguna unión directa que posibilite al desvalor de resultado tener influencia sobre el ilícito. No sólo el resultado real carece de una función de elevación del ilícito, sino que tampoco alcanza al ilícito ninguna relación objetiva entre la acción y el resultado» (69). Las consecuencias que de este planteamiento se derivan, de cara a la teoría jurídica del delito, y por lo que aquí nos interesa, resultan evidentes: carecería de sentido, en el plano de lo ilícito, la distinción entre delito consumado y tentativa acabada, puesto que la diferencia sólo puede establecerse cuando posee un carácter cualitativo lo que aquí no sucede (70), es decir, sólo cabe diferenciar el delito consumado y la tentativa inacabada (71), puesto que en ésta no se ha producido aún en su plenitud el desvalor de acción (72). Esta interpretación, viene sin duda propiciada por la propia regulación del *StGB* en el que la disminución de penalidad en los supuestos de tentativa acabada es facultativa (73), regulación que confirma, en opinión de Zielinski, que en estas hipótesis lo injusto esté constituido por el desvalor de acción, no afectando directamente a la penalidad la concurrencia efectiva del resultado dañoso para el bien jurídico.

Desde esta perspectiva, resultaría entonces de difícil justificación la menor penalidad que nuestro ordenamiento asigna a las formas imperfectas de ejecución del delito. Si se parte de la base de que el desvalor de acción de la tentativa acabada es idéntico al del delito consumado y de que la única diferencia existente entre ésta y el mismo tipo en grado de consumación radica en que en este segundo se ha producido la lesión material al bien jurídico (desvalor de resultado), al considerar que éste no es un elemento necesario para fundamentar el injusto la consecuencia lógica debería ser la identidad de pena a imponer en ambos casos.

Ahora bien, las consecuencias que de ambos planteamientos –el monista objetivo y el subjetivo– pueden derivarse de cara a los efectos del desistimiento eficaz fracasado son, en mi opinión, distintas. Partiendo de la concepción monista objetiva, nos encontramos ante una acción objetivamente peligrosa *ex ante* para un determinado bien jurídico –colocación del artefacto explosivo por parte del autor–, peligro que tiende, también objetivamente, a alejarse puesto que el autor realiza actos idóneos (74),

(69) ZILENSKI, *Desvalor de acción*, *op. cit.*, p. 163.

(70) De ahí la igual punición que debería corresponder a estas hipótesis, *ibidem*, p. 309.

(71) *Ibidem*, p. 163.

(72) *Ibidem*, p. 309.

(73) § 23.2 del *StGB*: «Der Versuch kann milder bestraf werden als die vollendete Tat».

(74) Quizá pudiera asimilarse a las situaciones propias de la tentativa, puesto que el autor con su actuación tiende a aminorar el peligro para el bien jurídico.

aunque *ex post* ineficaces, para evitar que el resultado lesivo se produzca, luego disminuye el desvalor de acción. Subjetivamente ya no quiere la lesión del bien jurídico pero, sobre todo, ello se traduce en actos exteriores que pretenden la paralización del curso causal. Nos encontramos pues ante un injusto disminuido puesto que el autor lleva a cabo un valor de acción que es necesario apreciar. Valor de acción que se traduce en la realización de actos que intentan disminuir el poder de resultado que el desvalor de acción contiene. Si el fundamento del castigo de la tentativa acabada se encuentra en el peligro *ex ante* creado (75) para el bien jurídico por la realización de determinados actos, el desistimiento ineficaz intenta disminuir ese peligro, pone en evidencia la manifestación de una voluntad dirigida a evitar la lesión del bien jurídico. Existe una manifestación externa que nos indica que el desvalor subjetivo de la acción se ha anulado, o mejor dicho, se ha contrarrestado, ha cambiado, manifestándose esta mutación en actos externos que pretenden disminuir el poder de realización del resultado que el desvalor de acción contiene.

Sin embargo, a la conclusión que se llega desde postulados meramente subjetivos difiere de la anterior. Si, como se mantiene, el resultado es irrelevante de cara a la configuración del ilícito bastando para su constitución con la constatación del desvalor de acción, será por tanto indiferente su causación o no. Aquí el resultado cumple entonces una función meramente indiciaria (76), lo que permite aseverar que, una vez producido el desvalor de acción, el ilícito se halla ya configurado si éste es equivalente al desvalor de la intención (77); de este modo, aún cuando esta intención varíe, es decir, aún cuando el cambio en la volición del autor se manifieste externamente a través de la realización de actos *ex ante* idóneos para paralizar la lesión al bien jurídico protegido y el autor crea que ha realizado todos los necesarios para alcanzarla (se produce un valor de acción) (78), ello será indiferente puesto que el injusto, desde esta perspectiva, se encuentra ya perfeccionado.

(75) MIR PG., p. 357

(76) Como indica ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, *op. cit.*, p. 244, «El resultado es un indicio, visible para cualquiera, del ilícito cometido (...). Facilita su demostración, dado que la acción ha dejado en él sus huellas permanentes, que permiten la reconstrucción del desarrollo de la acción.»

(77) Así se puede fundamentar el castigo de la tentativa inidónea, dado que aquí el autor ya demuestra su intencionalidad de contrariar el ordenamiento jurídico, se produce ya la infracción del deber, independientemente de que objetivamente se haya o no puesto en peligro el bien jurídico protegido.

(78) Según Zielinski, «El disvalor de acción de una acción fundamenta el ilícito; el valor de acción (preponderante) de una acción fundamenta la exclusión del ilícito. Sólo una acción que está orientada a la conservación de un objeto de bien jurídico amenazado, es decir, que está guiada por una voluntad de salvamento, puede realizar un valor de acción. Así como para el disvalor de acción y para el ilícito no importan

2. Concepciones dualistas: el injusto como desvalor de acción y resultado

No obstante lo señalado anteriormente, es mayoritario aquel sector de la doctrina penal que entiende como necesaria la concurrencia del desvalor de acción y del desvalor de resultado para que quede configurado el injusto penal (79); ambos elementos deben concurrir conjuntamente para cofundamentar el injusto (80). Básicamente, dos son las pre-

las circunstancias 'objetivas', reales, sino únicamente la situación de acción representada por el autor y la meta de acción perseguida por él, así también, para el valor de acción y para la exclusión del ilícito, tampoco importan las circunstancias 'objetivas', reales, sino sólo las representadas por el autor». *Disvalor de acción, op. cit.*, p. 313.

(79) CEREZO, *Curso de Derecho Penal español. Parte general I*, 3.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 364-365. En el mismo sentido, BUSTOS, *Manual de Derecho Penal español. Parte general*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, pp. 182-183, quien entiende que el desvalor de acto da contenido a la tipicidad mientras que el de resultado da contenido a la antijuridicidad; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido, op. cit.*, p. 60 y pp. 72 y 73; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 341 para quienes «Ambos conceptos, desvalor de acción y desvalor de resultado, son igualmente importantes en la configuración de la antijuridicidad, ya que están perfectamente entrelazados y son inimaginables separados. El valor o desvalor de una conducta supone siempre el valor o desvalor de un resultado. Así, por ejemplo, la prohibición de matar es una consecuencia de la protección de la vida; la prohibición de robar, una consecuencia de la protección de la propiedad, etc. En ambos ejemplos, el desvalor de la acción (matar, robar) se deriva ya del desvalor del resultado (destrucción de la vida, lesión de la propiedad). Lógicamente los mandatos 'no matar', 'no robar', etc., sólo tienen sentido si previamente se reconocen los valores que los fundamentan: vida, propiedad, etc. Pero igualmente la protección a esos valores, por medio de la norma penal, sólo puede conseguirse sancionando o prohibiendo las acciones humanas que pueden lesionarlos»; QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 251; el mismo, «Acto», *op. cit.*, p. 383; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, pp. 22-24; TAMARIT SUMALLA, «La tentativa con dolo eventual», en *ADPCP*, fasc. II, 1992, p. 536. La inclusión de RODRÍGUEZ MOURULLO en este grupo de autores obedece a que considera necesaria la concurrencia del desvalor de acción para la configuración del injusto, ahora bien, debe matizarse que dota al desvalor de resultado de una absoluta preeminencia en la conformación del injusto (pp. 340 ss.).

(80) Aquello en lo que no mantienen acuerdo estos autores es sobre si este carácter co-fundamentador de lo injusto significa que ambos elementos se encuentran en una relación paritaria, es decir, si ambos poseen igual importancia jerárquica o no, *vid.*, en el sentido de mantener su igualdad HUERTA, *Sobre el contenido, op. cit.*, p. 72; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG, op. cit.*, p. 341. Discordante con esta postura se manifiesta RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 22-24 y 331-336, para quien si el Derecho Penal protege bienes jurídicos fundamentales castigando los hechos que los lesionan o ponen en peligro, es lógico que «el contenido sustancial de los hechos que el Derecho Penal castiga esté constituido en primer lugar por el desvalor de resultado que encarna la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos», es la propia función del Derecho Penal la que otorga, en su opinión, primacía al desvalor de resultado (p. 334). Como señala el propio autor más adelante (p. 336) el desvalor de acción cumple una función selectiva: nos indica que

misas de las que parten los representantes de esta postura: de un lado, un concepto personal de lo ilícito (81), y de otro, de una concepción imperativa de la norma penal (82). Entre otros argumentos, esta tesis se ve además avalada, en opinión de Cerezo, por la propia redacción del Código Penal, puesto que éste, en los artículos 51 y 52 (83), establece la atenuación obligatoria de penalidad cuando nos hallamos ante formas de imperfecta ejecución del delito. En estas hipótesis, el desvalor de acción es idéntico al del delito consumado, sin embargo, la penalidad que se les asigna es inferior, debido, mantienen, a la ausencia del desvalor de resultado (84), puesto que no ha llegado a producirse la efectiva perturbación del bien jurídico (85). Sin embargo, otros autores, como Quintero Olivares, entienden que también en la tentativa cabe reconocer un cierto

determinadas lesiones de bienes jurídicos son particularmente intolerables. Crítico con esta tesis QUINTERO OLIVARES, «Acto, resultado y proporcionalidad», en *ADPCP*, fasc. II, 1982, pp. 386-387. En su opinión, *PG*, *op. cit.*, p. 252, «no hay necesidad de entrar en el terreno de las primacías o de dilucidar que es en todo caso 'imprescindible' que concurra, ya que ambos [desvalor de acción y desvalor de resultado] son imprescindibles salvo excepciones».

(81) Esta es una característica compartida con aquellos autores que mantienen una postura monista respecto al injusto. En contra, *vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, *op. cit.*, pp. 23-24.

(82) Si bien este aserto requiere alguna matización pues, como indica BACIGALUPO, en la estructura del sistema dogmático actual la función del concepto de norma desempeña un papel secundario, en el sentido de que la distribución de los presupuestos de las consecuencias jurídicas del Derecho Penal viene determinada no por el concepto de norma, sino por decisiones previas sobre la función de la motivación en la concepción del injusto personal, o, en cuanto a la inclusión o no del conocimiento de la antijuridicidad en el injusto, cuestiones a las que se ofrecen soluciones diversas, aun manteniendo el mismo concepto de norma imperativa, por ejemplo. «Concepto de norma en la dogmática penal» en *RFDUC*, número monográfico 11, 1986, pp. 73 ss.

(83) Se mantiene, por fidelidad con la obra del autor la articulación del antiguo Código Penal, si bien, y a efectos de penalidad el nuevo artículo 62 es equiparable a éstos dado que también permite la reducción de pena en uno o dos grados para los supuestos de tentativa acabada e inacabada.

(84) CEREZO, *Curso*, *op. cit.*, p. 366; HUERTA, *Sobre el contenido*, *op. cit.*, pp. 51 ss. Por su parte RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 24 y pp. 333-334, señala que en las formas imperfectas se encuentra ausente el desvalor de resultado. Con la finalidad de confirmar su postura aporta como argumento la solución que reciben las hipótesis de justificación putativa. En ellas aún existiendo valor de acción la existencia de la lesión al bien jurídico sirve para fundamentar la antijuridicidad del hecho y ello por la concurrencia del desvalor de resultado.

(85) Debe tenerse en cuenta la dificultad que entraña la clarificación de los conceptos «resultado» y «desvalor de resultado» en la doctrina. No se ha demostrado fácil mantener la coherencia respecto a los distintos significados de estos vocablos, problemática que se encuentra estrechamente unida a la concepción de injusto que se mantenga. Sobre esta materia véase la monografía de Laurenzo COPELLO, *El resultado en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992. Ante la utilización del término resultado puede pensarse en tres posibles sentidos: en primer lugar, el concepto más amplio de resultado que se identifica con la realización del tipo; en segundo,

desvalor de resultado (86), desvalor de resultado que se manifiesta en la exigencia de un «inicio de ejecución» objetivamente demostrable, pues de lo contrario, en su opinión, no podría distinguirse la tentativa de los actos preparatorios (87).

Dentro de estas posiciones dualistas, pero partiendo de distintas premisas, encontramos una serie de autores que remiten el contenido de la voluntad del autor al momento de la culpabilidad y parten de entender la norma penal como norma de valoración (88), es decir, ésta se constituye como un juicio de valor sobre determinados hechos que se hallan vinculados a determinados intereses –bienes jurídicos–, cuya violación se traduce en la efectiva lesión de los mismos (89). Desde estas premisas, el peso en la relación en el binomio desvalor de acción-desvalor de resultado se hace recaer sobre el segundo, puesto que se mantiene una naturaleza objetiva de la antijuridicidad será el desvalor de resultado quien cobrará especial relevancia (90). En este sentido, señala Rodríguez Mourullo (91), que si el Derecho penal protege bienes jurídicos fundamentales, castigando en consecuencia los hechos que los lesionan o ponen en peligro, es lógico que «el contenido sustancial de los hechos que el Derecho penal castiga esté constituido en primer lugar por el desvalor de resultado que encarna la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos» (92); en su opinión, es la propia función del Derecho penal la que otorga primacía a éste. El desvalor de acción, por su parte, cumpliría en-

con un efecto separable espacio temporalmente de la acción y que se halla vinculado causalmente a la misma y en tercer lugar, cuando se hace referencia a la lesión o peligro del bien jurídico protegido (pp. 17-18).

(86) QUINTERO OLIVARES, *PG, op. cit.*, p. 253; el mismo, «Acto», *op. cit.*, p. 404. El mencionado autor parte, como principio teórico, de que para poder calificar a un hecho como punible, es necesaria la concurrencia conjunta del desvalor de acción y el de resultado, por lo que no queda más que afirmar que también ambos concurren en las hipótesis de tentativa idónea «con la característica de que el desvalor de resultado en la tentativa no tiene la misma entidad que en el delito consumado al ser menor el grado de afección del bien jurídico protegido». En el mismo sentido HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido, op. cit.*, pp. 55-56.

(87) QUINTERO OLIVARES, *PG, op. cit.*, p. 253. Es precisamente del contenido que otorga a este desvalor de resultado de donde el autor deduce que deben distinguirse los conceptos de resultado y de desvalor de resultado, «el desvalor de resultado existe tanto en los delitos de ‘mera actividad’ como en los delitos ‘de resultado’; tanto, pues, en la injuria como en el homicidio, en el delito intentado como en el delito consumado» (p. 254).

(88) Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 4.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 248.

(89) *Ibidem*, p. 273.

(90) *Ibidem*, p. 272.

(91) Derecho Penal, *op. cit.*, pp. 22-24 y 331-336.

(92) *Ibidem*, p. 334.

tonces una función selectiva, es decir, serviría para indicar qué lesiones de bienes jurídicos son particularmente intolerables (93).

Desde estas posiciones, puede entonces argumentarse que quizás la solución más coherente al problema que venimos planteando sea la aportada por Muñoz Conde puesto que en ella encuentra equilibrio dogmático la secuencia delictiva acontecida. Partiendo de que el contenido de injusto se completa cuando concurren conjuntamente el desvalor de acción y el desvalor de resultado, se observa que en el desistimiento malogrado el autor manifiesta su negativa a producir la lesión al bien jurídico antes de que el resultado acaezca, es decir, hasta ese momento nos hallamos en el *iter criminis* de un delito doloso en grado de tentativa acabada pues habiéndose realizado todos los actos necesarios para la consumación ésta todavía no se ha producido. A partir de este momento comienza, sin embargo, una nueva secuencia delictiva consistente en la interposición de actos conducentes a contrarrestar el desvalor de acción hasta entonces efectuado, encaminados, fundamentalmente, a desviar el curso causal iniciado. Es aquí, a juicio del mencionado autor, donde se produce la infracción del cuidado debido, y de ahí que quepa imputar el resultado que finalmente acaece a título de imprudencia.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El encabezamiento de este epígrafe pretende, como los anteriores, poner de manifiesto el contenido de las líneas que le siguen, de ahí que, en honor a la verdad, se titule «A modo de» y no se encabece con una expresión más definitiva como sería la de conclusión. Y ello porque, como se ha podido intuir ya de lo anteriormente expuesto, alcanzar una conclusión definitiva para el problema planteado es harto difícil. En realidad, la única meta de este trabajo ha sido la de intentar poner de manifiesto lo insatisfactorio de muchas de las respuestas que tradicionalmente ha aportado la doctrina, e incluso en muchos casos la ausencia de las mismas, al problema del desistimiento malogrado. Aunque debo reconocer que señalar estas insuficiencias es una labor mucho más sencilla que aportar una solución satisfactoria. No obstante lo dicho, y a modo de conclusión de un trabajo claramente inconcluso, pienso que no es una tarea inútil destacar alguna de las ideas que se han venido apuntando.

En el ámbito general de la categoría del desistimiento, creo que pueden distinguirse momentos distintos; lógicamente estos momentos deben asimismo obtener una respuesta jurídica diferente. En primer lugar, nos podemos encontrar en aquella situación en la que el autor antes de haber concluido la realización de los actos necesarios para la consumación de-

(93) *Ibidem*, p. 336.

cide, libre y voluntariamente, no continuar con éstos evitando de este modo el resultado lesivo primitivamente querido: es lo que se denomina desistimiento eficaz en la tentativa inacabada. En un momento ulterior, puede suceder que este mismo autor haya llevado a cabo todos los actos necesarios para la consumación pero, arrepentido, realiza voluntariamente acciones que consiguen paralizar el curso causal y, en consecuencia, tampoco se alcanza aquí el resultado lesivo, es decir se trata de un supuesto de desistimiento eficaz en la tentativa acabada. Como es sabido, en ambas situaciones la respuesta del ordenamiento jurídico es idéntica: impunidad para el autor por ausencia de necesidad preventiva de pena.

Ahora bien, también puede suceder que el autor, antes de la consumación del delito, pero una vez ya realizados todos los actos típicos necesarios para que se produzca aquélla, pretenda evitar el resultado pero fracase en su intento y ello a pesar de haber realizado *ex ante* actos idóneos para paralizar el curso causal (desistimiento idóneo fracasado). Un cuarto momento, en este tracto delictivo, lo encontramos cuando el autor, una vez realizado el delito, es decir, una vez producida la consumación, se arrepiente del daño causado y decide paliarlo (arrepentimiento *ex post* que suele dar lugar a la aplicación de la atenuante 21.5.^a del CP). En estos últimos casos, es donde, a mi juicio, no cabe equiparar la solución jurídica castigando la conducta realizada en ambos casos como un delito consumado doloso con la concurrencia de la atenuante 21.5.^a, o, en su caso, de una circunstancia de carácter análogo a la misma.

Para realizar la anterior afirmación parto de que son distintos los momentos en los cuales el autor manifiesta el contenido de su voluntad pero además es incluso posible que el contenido de esa voluntad sea diferente lo que, en mayor medida justifica un distinto tratamiento. Así, en el primer caso, el autor realiza actos tendentes a evitar la realización del resultado manifestando, de este modo, su voluntad contraria al mismo y esta actividad tiene lugar antes de que el resultado lesivo se haya producido, es decir, antes de que se haya constituido el ilícito; en la segunda hipótesis, por su parte, no estamos ya ante un desistimiento sino ante un arrepentimiento sobrevenido cuando el daño ya se ha producido (ilícito consumado) donde, en realidad, es incluso irrelevante, a mi juicio, el contenido de la voluntad, es decir, que el autor haya querido o no el resultado, pues la atenuación de la pena se produce por reparar o paliar los efectos que este resultado ya producido (piénsese así, por ejemplo, que cabe aplicar la circunstancia del art. 21.5.^a al que tras colocar y hacer estallar la bomba, recoge a los heridos por la misma trasladándolos a un centro sanitario).

Esta divergencia entre ambos casos, se hace evidente en el uso jurídico que de la palabra desistimiento utiliza mayoritariamente la doctrina alemana quienes por tal entienden el apartamiento del hecho delictivo que comprende tanto la mera omisión, como la realización de actos que contrarresten lo ya ejecutado, mientras que arrepentirse supone el pesar

que el sujeto tiene tras la realización de un determinado hecho. Aunque nuestra doctrina mayoritaria haya utilizado hasta ahora una terminología distinta (hablando de desistir cuando basta una omisión y de arrepentirse cuando se requiere una conducta positiva) también conceden a estos casos una relevancia distinta al supuesto contemplado por el artículo 21.5.º; sólo el desistimiento y el arrepentimiento anterior a la consumación pueden, caso de ser eficaz y voluntario, conducir a la impunidad.

Ahora bien, a nuestro juicio, también en los casos en que el desistimiento carezca de eficacia cabe conceder a esta actuación un significado relevante y distinto frente a los supuestos de arrepentimiento posterior a la consumación y ello porque el cambio efectuado en la volición del sujeto y su manifestación externa tienen, en la primera de las hipótesis planteada, capacidad potencial para afectar al contenido de injusto realizado, mientras que, en el segundo caso, éste ya se ha completado, ha llegado a su conclusión, en consecuencia, no cabe modificarlo, bien para aumentarlo bien para disminuirlo, sólo quedaría la posibilidad de una sanción atenuada. La aplicación de la atenuante 21.5.ª debe quedar de este modo restringida a los casos en que el hecho delictivo ha quedado consumado, puesto que, como indica Mir (94), esta es una circunstancia que no afecta al injusto ni a la culpabilidad, ya que se produce con posterioridad a la comisión del hecho delictivo (95).

Por todo ello creo que frente a las diversas soluciones propuestas cabe concluir del siguiente modo: de un lado, y en primer lugar, no creo que, frente a lo señalado por la doctrina mayoritaria, deban sancionarse las conductas de desistimiento idóneo fracasado como delitos consumados dolosos pues, como venimos señalando, la realización de actos idóneos *ex ante* para evitar el resultado disminuye el contenido de injusto incluso aunque *ex post* estos actos se revelen como ineficaces. De otro lado, tampoco es coherente desde esta postura atenuar la conducta, es decir, aplicar la circunstancia 21.5.ª, u otra de análoga significación, al objeto de dar relevancia a la realización de esos actos idóneos pero ineficaces. Como se ha señalado, los presupuestos de los cuales partimos son distintos y, en consecuencia, la solución jurídica que a ellos se de tampoco puede ser idéntica. No pueden sancionarse de igual manera aquellas situaciones en las que el contenido de injusto es menor, que aquellas en las que éste se halla plenamente realizado.

Sin duda lo más difícil de justificar en esta conclusión es, en efecto, que se produce una disminución del injusto. Pero a mi juicio, si el autor conserva el dominio sobre el hecho y realiza actos *ex ante* idóneos para

(94) MIR, *PG*, *op. cit.*, p. 692.

(95) En contra de esta tesis ALONSO ÁLAMO, *El sistema*, *op. cit.*, p. 737, para quien esta circunstancia debe valorarse como un indicio de culpabilidad menor. (Evidentemente la valoración viene referida a la antigua circunstancia 9.9.ª CP).

disminuir el poder de resultado de su acción, aunque posteriormente éste se produzca, puede pensarse, o al menos no creo que sea descabellado plantearlo, que ha conseguido disminuir el contenido de injusto realizado en la medida en que *ex ante* ha alejado el riesgo inicialmente provocado. No es lo mismo querer causar la muerte y dirigir la acción directamente hacia la producción de ese resultado, que, una vez realizados todos los actos necesarios para ello contrarrestarlos idónea pero ineficazmente. En mi opinión, ello no afecta al grado de reprochabilidad de la conducta, sino al contenido propio del injusto, concretamente al desvalor de acción llevado a cabo, que en estas situaciones es distinto.

Pero, asimismo, la conclusión propiciada por el Profesor Muñoz Conde, si bien nos parece la más cercana a las conclusiones que intentamos obtener, tampoco nos resulta totalmente satisfactoria. Por un lado, creo que no cabe propugnar esta solución para todos y cada uno de los casos que el propio autor utiliza en la descripción del problema. De otro, y lo que es más importante, creo que, en todo caso, tampoco cabe aquí la aplicación de la referida atenuante de arrepentimiento espontáneo. Piénsese que en la solución propuesta por Muñoz Conde el resultado se imputa a título de comisión culposa mientras que el acto inicial doloso se sanciona en grado de frustración o tentativa, calificación esta última que, según creo, se debe a que ya hemos valorado para llegar a tal conclusión el desistimiento idóneo pero ineficaz del autor ya que, en otro caso, habríamos de sancionar por delito doloso consumado. En otras palabras, la ejecución de actos idóneos pero ineficaces determina un menor contenido de injusto lo que se traduce en que el sujeto responde por una tentativa acabada; si además a ello añadimos la atenuante de arrepentimiento basada en el mismo hecho, la ejecución de esos actos idóneos, estaremos valorando dos veces la realización de una misma actividad pero, sobre todo, estaremos otorgando a la realización de estos actos un significado distinto en el sentido de que no afectan al contenido de injusto.

Por lo que respecta a la reciente regulación del nuevo artículo 16, en mi opinión, deja sin resolver el problema planteado, puesto que parece evidente que, a pesar de la deficiente redacción legal, el legislador, en los supuestos recogidos en el número 3 del artículo 16, está pensando en el desistimiento malogrado de los partícipes. No creo que en él puedan incluirse las hipótesis de desistimiento en la coautoría, ya que ello supondría afirmar la existencia de un doble régimen de desistimiento al que se podrían adscribir los sujetos en función del número de participantes en la actividad delictiva. Criterio de carácter cuantitativo difícilmente justificable desde una perspectiva político criminal. En consecuencia, se continúan sin considerar dignos de trascendencia los esfuerzos del autor por contrarrestar su inicial acción, puesto que sólo si estos son eficaces, eficacia que viene medida *ex post* ya que sólo alcanza trascendencia si se consigue evitar el resultado perjudicial.

El límite entre imprudencia y riesgo permitido en Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?*

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN

Universidad de León

SUMARIO: I. El problema: la «racionalidad» de la decisión judicial.–II. Marco político: Derecho Penal y Estado intervencionista.–III. Justicia y eficiencia.–IV. Contenido mínimo de justicia de toda decisión.–V. Eficiencia y criterios jurídico-penales de imputación.–VI. La distribución eficiente de costes.–VII. Algunas dificultades para la distribución eficiente.–VIII. Conclusiones.

I. EL PROBLEMA: LA «RACIONALIDAD» DE LA DECISIÓN JUDICIAL

1. El análisis económico del Derecho ha sido utilizado hasta hoy fundamentalmente en la evaluación externa de las regulaciones jurídicas: esto es, en un examen guiado exclusivamente por criterios de naturaleza

(*) Texto revisado y con referencias bibliográficas de la ponencia presentada en el «Encuentro sobre Análisis Económico del Derecho» celebrado en el Instituto de Derecho y Economía de la Universidad Carlos III de Madrid (9/10 de junio de 1994). Agradezco al Profesor Dr. Miguel Díaz y García, así como a quienes asistieron al Encuentro, sus interesantes comentarios sobre el texto inicial. El trabajo fue elaborado sobre la base del código ya derogado; no obstante, dada su virtualidad general, me parece que todo lo dicho sigue siendo aplicable con el nuevo CP (naturalmente, sustitui-

económica –de eficiente asignación de recursos–, o a lo sumo también políticos –por ejemplo, de equidad en la distribución de los mismos– (1); sin tomar en consideración, por tanto, las limitaciones de carácter normativo –intrajurídico– para ese examen (2). Esto significa, en resumidas

yendo las referencias al antiguo art. 347 bis CP-1944 por las correspondientes al art. 325 CP ahora vigente).

Por otra parte, las siguientes abreviaturas específicas –además de las habituales en la doctrina penal– son utilizadas a lo largo del trabajo: *ADC* (*Anuario de Derecho Civil*, cit. por año); *HarvLR* (*Harvard Law Review*, cit. por tomo y año); *JLE* (*Journal of Law and Economics*, cit. por tomo y año); *JLS* (*Journal of Legal Studies*, cit. por año); *JPE* (*Journal of Political Economy*, cit. por año); *PD* (*Política del Derecho*, cit. por año); *PenE* (*Pena y Estado*, cit. por año); *RCEC* (*Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, cit. por núm. y año); *RDP* (*Revista de Derecho Político*, cit. por núm. y año); *Rechtsth.* (*Rechtstheorie*, cit. por tomo y año); *REDC* (*Revista Española de Derecho Constitucional*, cit. por núm. y año); *SD* (*Sociologia del Diritto*, cit. por año).

(1) Cfr., por lo que se refiere al campo penal, BECKER, «Crime and punishment», *JPE* 1968, pp. 169 ss.; STIGLER, «The optimum enforcement of laws», *JPE* 1970, pp. 526 ss.; POSNER, *Economic Analysis of Law*, 2.^a ed., 1977, pp. 163 ss.; el mismo, *The Economics of Justice*, 2.^a ed., 1983, pp. 203 ss.; PASTOR, *Sistema jurídico y economía*, 1989, pp. 167 ss. Pero los estudiosos del análisis económico del Derecho han unido generalmente el Derecho Penal con otras técnicas de atribución de responsabilidad (Derecho Administrativo sancionador, responsabilidad civil extracontractual, ...) en un único campo de estudio, por entender que las sustanciales diferencias que existen entre dichas técnicas jurídicas en el plano de la estructura interna no alteran la unidad de sus efectos –sobre todo, económicos– sobre el comportamiento de los agentes sociales. Cfr. además, por ello, en relación con el problema general del «Derecho de la responsabilidad», CALABRESI/MELAMED, «Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral», *HarvLR* 85 (1972), pp. 1105-1110; CALABRESI, «La responsabilit... civile come Diritto della societ... mista», *PD* 1978, pp. 665 ss.; el mismo, *El coste de los accidentes* (trad. de J. BISBAL), 1984, *passim*; POSNER, «A theory of negligence», *JLS* 1972, pp. 29 ss., *passim*; el mismo, «Strict liability», *JLS* 1973, pp. 205 ss.; el mismo, *Economic Analysis*, 1977, pp. 119 ss.; el mismo, *Justice*, 1983, pp. 192 ss.; «La economía política como jurisprudencia racional», *ADC* 1981, pp. 654-664; POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (trad. de J. M. ÁLVAREZ FLÓREZ), 1985, pp. 53 ss., 82 ss., 112 ss.

(2) Pues aun cuando el Derecho es ciertamente un instrumento más para la resolución de los conflictos sociales, y constituye por ello también un instrumento de carácter político (*vid.*, por todos, ATIENZA, *Introducción al Derecho*, 1985, pp. 61 ss.), se trata de un instrumento de naturaleza peculiar: a saber, su carácter netamente formalizado y el énfasis en la seguridad y predecibilidad de sus decisiones (ATIENZA, *op. cit.*, pp. 115-119) obligan a reconocer en las mismas constricciones que resultarían irrelevantes –o, al menos, mucho menos relevantes– en otros métodos de decisión. Piénsese, por ejemplo, en las exigencias que imponen principios y directrices como los de igualdad ante la ley, seguridad jurídica, proporcionalidad en las consecuencias jurídicas, etc. De esta manera, cuando se adopta una perspectiva intrajurídica (centrada, por tanto, sobre todo en la aplicación del Derecho vigente) las consideraciones políticas subyacentes al análisis económico del Derecho –como a otras muchas corrientes que pretenden renovar el pensamiento sobre el Derecho– han de ser sometidas a sustanciales matizaciones. En lo que sigue se expondrán algunas de ellas.

cuentas, que las aportaciones del análisis económico del Derecho a la materia de las regulaciones jurídicas (en nuestro caso, de las regulaciones penales) han venido siendo mucho más pertinentes de cara a los debates de la Política Jurídica (definición de los objetivos del Ordenamiento jurídico y enjuiciamiento crítico del Derecho vigente a la luz de estos objetivos, con vistas a su posible modificación) que para los de la Dogmática (interpretación y aplicación actual del Derecho vigente).

Y, sin embargo, parece llegado el momento de que esta situación cambie. Pues, en efecto, existen ya instrumentos conceptuales suficientes en la moderna Metodología de la Dogmática jurídica para dar un nuevo paso adelante: la introducción de consideraciones de carácter económico en la interpretación misma de las leyes, algo que parece indicado por la propia naturaleza del proceso de aplicación de las normas. Es más, como se intentará demostrar a lo largo de este trabajo, lo cierto es que, de hecho, los jueces que aplican el Derecho –también el Derecho Penal– toman en cuenta ya factores de esta índole. Y urge, por ello, proceder a una reconstrucción metodológicamente fundamentada del procedimiento correcto para realizar dicha toma en consideración, garantizando así que la aplicación de criterios de eficiencia resulte –primero– racional y –segundo– acorde a los principios valorativos básicos del Ordenamiento (3).

2. Decía que, en efecto, se dan ya hoy en buena medida las condiciones para que podamos explicitar también consideraciones sobre la eficiente asignación de los (escasos) recursos sociales (4) a la hora de interpretar las normas. Y es que la perspectiva metodológica dominante hoy en la interpretación de las normas jurídicas reconoce ya sin problemas algunos hechos, hasta ayer ocultos bajo el velo del «dogma positi-

(3) Dos son, pues, los parámetros para enjuiciar la corrección o incorrección (material, no nos referiremos aquí a la cuestión de la corrección formal –lógica, procesal, sistemática,...–, sobre la que ya ha centrado suficientemente su atención la Dogmática jurídica) de la decisión judicial: primero, un control de racionalidad, dirigido a contrastar el encaje de la decisión con la realidad a la que se refiere (la adecuación de los medios empleados –decisión judicial– a los fines perseguidos); y, en segundo lugar, un control de justicia, que pretende comprobar la legitimidad de los fines que la decisión persigue.

(4) En efecto, el punto de partida de cualquier consideración económica de la realidad es la constatación del hecho de que los recursos son escasos y exigen, por ello, una administración eficiente, que resulte socialmente satisfactoria: *vid.*, por todos, MADDALA/MILLER, *Microeconomía* (trad. de J. CORO PANDO/A. CUÉ MANCERO), 1991, pp. 5-7. Pero es que este hecho es una ineludible realidad en cualquier aspecto de la realidad jurídica al que nos acerquemos: las decisiones sobre hurtos o sobre arrendamientos, sobre medio ambiente o sobre tributos, pretenden siempre administrar correctamente unos bienes (cosas, dinero, calidad de vida, etc.) que resultan escasos y disputados. *Vid.* también, al respecto, CALABRESI/BOBBIT, *Scelte tragiche* (trad. italiana de C. M. MAZZONI/V. VARANO), 1986, pp. 3-13.

vista»: (1.º) que la interpretación y aplicación de las normas a casos reales por parte de los jueces implica necesariamente elementos de decisión; (2.º) que tal componente decisionista de la aplicación del Derecho no es lógicamente derivable de la norma misma, sino que ha de fundamentarse en argumentos autónomos, que sean racionalmente controlables y coherentes con el contexto valorativo constituido por el Ordenamiento jurídico, y (3.º) que el juez se ve obligado en muchos casos a adaptar a la realidad social (empírica y valorativa), y de este modo también a las convicciones ideológicas dominantes, la norma, dada la habitual discrepancia entre el telos actuante en el momento de la formación de la misma y el dominante en el momento de su aplicación (5). De este modo, dentro de este contexto argumentativo (si bien, como vamos a ver, se trata de un proceso limitado por determinadas reglas y principios) es posible –e incluso necesario– introducir también argumentos referidos a la eficiente asignación de los recursos sociales, a la hora de adoptar una decisión sobre algún caso concreto (6).

3. En concreto, me propongo describir aquí, al menos en sus líneas generales, un posible modelo –novedoso, en lo que alcanzo a ver– de toma en consideración de esta clase de argumentos en un campo muy concreto: el de la delimitación de la conducta negligente en Derecho Penal, y señaladamente en el ámbito de las actividades peligrosas para intereses penalmente protegidos –bienes jurídicos–. Y, sobre todo, señalar las relaciones que dicho modelo ha de guardar con otros factores que inciden en la legitimidad, desde el punto de vista del Ordenamiento, de la decisión judicial.

II. MARCO POLÍTICO: DERECHO PENAL Y ESTADO INTERVENCIÓNISTA

1. Punto de partida para esa descripción ha de ser una correcta comprensión de la forma en la que el Derecho Penal actúa. El primer dato para ello es el de que el Derecho Penal está estructurado esencialmente como un Derecho protector, conservador (naturalmente, el calificativo no es aquí político, sino funcional): en esencia, se trata de proteger determinados intereses considerados social y jurídicamente como valiosos y merecedores de protección –bienes jurídicos–. Es decir, que el Derecho Penal está dirigido fundamentalmente a garantizar la intangibi-

(5) *Vid.*, por todos, HASSEMER, «Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz», en Kaufmann/Hassemer (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*, 5.ª ed., 1989, pp. 213, 223-224, 229-232.

(6) CASALMIGLIA, «Justicia, eficiencia y Derecho», en *RCEC* 1 (1988), pp. 327-328.

lidad efectiva (la intangibilidad de principio suele estar constitucionalmente reconocida) de dichos intereses, frente a las eventuales intromisiones de terceros (individuos). Esta función esencialmente protectora y conservadora del Derecho Penal condiciona en grado sumo todas sus características (7).

2. De cualquier forma, la idea de protección de los bienes jurídicos no tiene, al menos hoy —y probablemente nunca la tuvo—, una vigencia ilimitada e incondicional (8). De hecho, cualquiera que fuese en cada momento y lugar el modelo económico, el sistema social y el régimen político, ha habido siempre límites expresos y tácitos a la vigencia de esa función de protección: surgieron así las causas de justificación, casi siempre basadas en la idea de concurrencia de intereses preponderantes (así, la legítima defensa, el estado de necesidad, la obediencia debida,...) (9).

No obstante, lo peculiar de los tiempos actuales (en realidad, de todo el proceso industrializador, ya desde el pasado siglo, aunque las consecuencias del nuevo paradigma de la antijuridicidad penal no han empezado a comprenderse en toda su magnitud hasta la segunda mitad de éste) es que las limitaciones a la función protectora de bienes jurídicos, tradicionalmente atribuida al Derecho Penal, pasan de concebirse como excepcionales a concebirse como normales. Aun debiendo advertirse desde un comienzo que dicha diferencia de calificación es, desde luego, altamente relativa —pragmática, y no esencial— (10), lo cierto es que significa, en suma, un cambio de paradigma (11): según la nueva concepción, no es que los bienes jurídico-penalmente protegidos merezcan una protección absoluta, que sólo en alguna ocasión (ocasiones derivadas fundamentalmente de circunstancias especialísimas del caso concreto) se ve restringida; al contrario, en el nuevo mo-

(7) *Vid.*, por todos, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 1992, pp. 8-9; SCHÜNE-MANN, «Strafrechtssystem und Kriminalpolitik», *R. Schmitt-Fest.*, 1992, pp. 127-128.

(8) *Vid.*, al respecto, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, cap. 3-XI.

(9) PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 10.

(10) Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 10-II.

(11) En el sentido que KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas* (trad. de A. CONTÍN), 1971, pp. 136-148, 176 ss., otorgaba a este término: es decir, significa una reconstitución del concepto de antijuridicidad; reconstitución que no es totalmente novedosa en cuanto a sus elementos, pero sí por lo que se refiere a la estructura que adopta la combinación entre los mismos. Se habla hoy así ya de un «Derecho Penal de la sociedad del riesgo» (HILGENDORF, Gibt es ein «Strafrecht der Risikogesellschaft»?), *NStZ* 1993, pp. 10 ss., *passim*; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 149 ss.; Hassemer, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, pp. 3 ss.), concepto sin duda ambiguo (cfr. KUHLEN, «Zum Strafrecht der Risikogesellschaft», *GA* 1994, pp. 357 ss.), pero que pretende resumir las implicaciones —a alguna de las cuales me refiero yo aquí— de dicho cambio de paradigma.

delo la protección que merecen los bienes jurídicos ha de conjugarse necesariamente en todos los casos con otros intereses propios del Estado o de sus ciudadanos (Estado social e intervencionista, garante del bienestar) (12).

3. Se incluye de este modo (aunque sin reconocerlo abiertamente) el Derecho Penal también entre los instrumentos del nuevo «Estado del Bienestar», perdiendo el mismo en las sociedades industrializadas su tradicional papel meramente garantístico –Estado gendarme–, propio de la ideología liberal decimonónica. Y ello ha tenido sin duda algunas importantes consecuencias en la evolución del Derecho Penal, muchas de las cuales no pueden ser exploradas aquí: sometimiento del Derecho Penal a las tensiones propias de los procesos de decisión colectiva, utilización simbólica de su instrumental coercitivo, creación de nuevos bienes jurídicos (bienes jurídicos de titularidad supraindividual, bienes jurídicos de aseguramiento) y expansión de nuevas técnicas de tutela (delitos de peligro,...), etc. (13).

Sí que nos interesan ahora, sin embargo, dos de esas consecuencias –unidas entre sí estrechamente–, que afectan de modo específico al proceso de aplicación de las normas penales, que aquí examinamos. La primera de ellas es la de que dicha aplicación de las normas se convierte en una (parte más de la) actividad de gestión propia del Estado intervencionista: el juez, que no se limita desde luego a aplicar automáticamente la ley, sino que ha de decidir la solución idónea de entre las compatibles con el tenor literal del tipo legal (14), se ve requerido socialmente además a que dicha decisión sea la más coherente con los principios rectores de la política social (en materia de sexualidad, de protección de la familia, de

(12) PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3-XI.

(13) Cfr., sobre todo ello, HASSEMER, «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos» (trad. de E. Larrauri), en *PenE* 1991, pp. 23 ss., *passim*; el mismo, «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno» (trad. de E. Larrauri), en *ADP* 1992, pp. 235 ss., *passim*; el mismo, *Produktverantwortung*, 1994, pp. 1-24; PRITTWITZ, «Funktionalisierung des Strafrechts», *StV* 1991, pp. 435 ss., *passim*; el mismo, *Risiko*, 1993, pp. 236 ss.; ALBRECHT, «Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik», *StV* 1994, pp. 265 ss., *passim*.

(14) Doy por supuesto, pues, en todo lo que sigue que se ha de salvaguardar siempre lo exigido por el principio de legalidad penal, en cuanto al respeto por el tenor literal de los tipos. No obstante, y como en otro lugar he estudiado con mayor detenimiento (PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3-II, con ulteriores referencias), dicho respeto es perfectamente compatible con soluciones materialmente diversas, ya que el tenor literal del tipo, en su función garantística [ROXIN, *Política Criminal y sistema del Derecho Penal* (trad. de F. Muñoz Conde), 1972, p. 40], suele establecer ciertas condiciones mínimas para la declaración de tipicidad, pero no las condiciones máximas –aunque dé orientaciones al respecto–, que son decididas por el intérprete. Cfr., en el mismo sentido, MÜLLER, *Juristische Methodik*, 5.^a ed., 1993, p. 183.

la infancia, del medio ambiente, de desarrollo económico,...) (15); se convierte, por tanto, en una especie de gestor, cuyas decisiones –las sentencias penales– tienen también innegables consecuencias sociales. Piénsese solamente en las consecuencias que una decisión en materia de delincuencia medioambiental o de protección de los consumidores puede tener. De este modo, su decisión no es enjuiciada únicamente (al menos socialmente, por más que los operadores jurídicos tradicionales intenten seguir cerrando los ojos a esta realidad) por la adecuación al texto legal o a la normativa constitucional expresa, sino que también lo es según que dé o no una respuesta satisfactoria desde el punto de vista político a las necesidades sociales subyacentes al delito y/o al proceso de victimización (16).

En segundo lugar, consecuencia directa de lo anterior, en lo que al juicio de antijuridicidad penal se refiere, es que el punto en el que las actividades peligrosas para bienes jurídico-penalmente protegidos se vuelven penalmente ilícitas no aparece ya, en absoluto, como evidente. Por el contrario, dicho límite entre lo penalmente prohibido y lo penalmente atípico es la principal sede sistemática –dentro de la estructura del delito– en la que ha de sustanciarse el conflicto subyacente antes enunciado (17). El juez se convierte así, entre otras cosas, en gestor del riesgo permitido (del riesgo penalmente permitido), debiendo fijar, para una situación concreta –la del caso enjuiciado–, el nivel máximo de riesgo que puede derivarse de una conducta sin que la misma se convierta en prohibida, y traduciendo esa concurrencia de necesidades sociales diversas en una interpretación del tipo penal y en la subsunción o no de un caso en el mismo.

(15) CASALMIGLIA, «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», *Doxa* 13 (1993), p. 166; ALBRECHT, *StV* 1994, pp. 267-269.

(16) Puede pensarse en ejemplos de completa actualidad: las decisiones en relación con el procesamiento de ex altos funcionarios conectados con el fenómeno del «síndrome tóxico», o las resoluciones judiciales acerca del accidente de la presa de Tous, o los casos de enjuiciamiento de presuntos responsables de delitos contra el medio ambiente en el parque natural de Doñana,... En todos estos casos el aspecto estrictamente técnico de las decisiones (limitado al respeto a ciertos principios formales limitadores de la posibilidad de ejercitar procesalmente el *ius puniendi*) ha quedado postergado en la opinión pública en favor de otros aspectos, referidos a la justicia material de la solución. Ello, desde luego, está causado en parte por desconocimiento, pero también por esa politización del Derecho Penal de la que vengo hablando. Y el fenómeno parece irreversible: por ello, los penalistas deberíamos asumir este hecho, procurando limitar en lo posible los efectos perniciosos –que sin duda existen– de dicha politización (y no es el menor de ellos el de la sujeción a movimientos populistas: ALBRECHT, *StV* 1994, pp. 265 ss., *passim*), a través de una racionalización del componente de decisión política inherente a toda decisión penal.

(17) PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3-XI.

Examinemos un ejemplo de lo anterior (18): si acudimos a nuestro CP, observaremos que, en materia de delincuencia medioambiental, el artículo 347 bis define la conducta delictiva como aquella que «contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles». El tenor literal que acabo de enunciar podría significar, en principio, lo siguiente: que cualquier vertido objetivamente muy peligroso para el medio ambiente (para la salud humana, para la vida animal o vegetal, o para el equilibrio de un ecosistema) constituye un delito, penado con arresto mayor y multa. Y, sin embargo, ello no es automáticamente así: desde el punto de vista dogmático, al menos dos conceptos (la exigencia de una infracción de las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente y la necesaria gravedad del peligro) admiten muy diversas interpretaciones (19). Y, lo que ahora nos interesa más, desde el punto de vista de la «racionalidad social» –si es que se puede hablar así–, dichos puntos de anclaje dogmáticos son utilizados para reconsiderar en cada caso la conveniencia o no de acudir a la sanción penal, dada la repercusión de dicha decisión sobre intereses altamente valorados por las ideologías socialmente dominantes (desarrollo económico, libertad de empresa, propiedad privada, «ahorro energético»,...). Es decir, para adoptar una decisión concreta acerca del nivel máximo de riesgo penalmente permitido.

4. Así, nos encontramos con que, en realidad, hoy en día el proceso de aplicación a casos concretos de las normas penales –al menos de muchas de ellas– exige la adopción de decisiones netamente políticas (en el más amplio sentido de la expresión). Decisiones que, con la actual estructura de nuestro Ordenamiento jurídico, han de ser adoptadas necesariamente por los jueces (20), si bien de forma no totalmente libre, sino mediante ciertos procedimientos, utilizando cierta clase de argumentos justificatorios y dentro de un marco normativo –el tenor literal– más o

(18) Naturalmente, no en todos los delitos el problema tiene el mismo significado: piénsese, por ejemplo, en el caso de algunos delitos (rebelión, sedición, robo, violación,...), en los que el margen de riesgo permitido es prácticamente nulo. De todas maneras, la existencia de estos delitos no debe hacernos olvidar el hecho de que una buena parte de los más trascendentes y frecuentes sí que admiten dicho fenómeno: homicidio, lesiones, daños, delitos laborales, delitos contra la salud pública y los intereses de los consumidores, delitos contra el medio ambiente, delitos tributarios, buena parte de los delitos socioeconómicos y muchos patrimoniales, ...

(19) *Vid.*, por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 9.^a ed., 1993, pp. 512-513, con ulteriores referencias.

(20) *Vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3-XII.

menos amplio (21). Precisamente, la cuestión que ha de ser analizada es la de la índole de dichos argumentos. Y la tesis que a continuación se sostendrá es que, de entre los mismos, algunos han de ir referidos, obligatoriamente, a la asignación eficiente de los recursos sociales implicados en el conflicto en cuestión. Tesis, por cierto, que, aunque en otros términos (los propios de la tradición dogmática), ya ha sido asumida en buena medida por la corriente de interpretación teleológico–funcionalista de la Teoría del Delito (el Derecho Penal como instrumento –eficaz, se entiende– de la Política Criminal) (22).

III. JUSTICIA Y EFICIENCIA

1. En este sentido, tal vez el principal reto con el que ha tenido que enfrentarse siempre esta forma de argumentar es el de definir la relación entre la «perspectiva de la eficiencia» y la «perspectiva de la justicia» (23); y además, en este caso, también con la «perspectiva de la seguridad jurídica» –garantías formales–. Pues, en efecto, como ya antes indiqué, en sede de interpretación y aplicación de las normas jurídicas no es posible realizar un análisis puramente económico, y ni siquiera uno puramente político, del caso a resolver, sino que, por el contrario, la admisibilidad –legitimidad– de una solución en el seno de un Ordenamiento jurídico dado está siempre mediatizada por toda una serie de limitaciones (que en muchos casos van incluso en detrimento de la eficiencia de la solución final).

2. A este respecto, hay que decir que, al menos en un plano teórico, los papeles respectivos de ambas «perspectivas» –eficiencia y justicia– en el proceso de aplicación del Ordenamiento jurídico pueden ser delimitados con cierta claridad. Así, entendido el tenor literal de los tipos penales como un espacio de juego, dentro del cual ha de producirse la decisión judicial que solucione el caso concreto (por imperativo del principio de legalidad penal) (24), corresponderá a la «perspectiva de la justicia» la fijación de los objetivos últimos a conseguir mediante la decisión, así como de aquellos límites infranqueables en cuanto a los me-

(21) Sobre los límites que marca la interpretación literal, vid. PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3, núm. 20, con ulteriores referencias.

(22) Cfr. ROXIN, *Política Criminal*, 1972, pp. 33-34; el mismo, *AT*, I, 1992, pp. 113-115; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1991, pp. VII-VIII; SCHÜNEMANN, *R. Schmitt-Fest.*, 1992, pp. 125 ss.

(23) Vid. KOCH/RÜBMAN, *Juristische Begründungslehre*, 1982, p. 347; PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 11-X.

(24) Vid. PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3-II, con ulteriores referencias.

dios aplicables para obtener tales objetivos. En todo lo demás, esto es, en cuanto a la estrategia de medios para la consecución de tales objetivos (dentro de los límites normativamente fijados a los que acabo de hacer referencia), la «perspectiva de la eficiencia» habrá de ser la imperante (25).

Naturalmente, soy plenamente consciente de que una distinción como la que acabo de hacer no resulta fácil de aplicar en la práctica. Así, en primer lugar, parece que ya en el momento de la fijación de los objetivos de la decisión judicial debe haber alguna consideración de argumentos de eficiencia: los objetivos de la decisión judicial, además de moralmente deseables, han de ser realmente factibles (26). En segundo lugar, el mismo proceso de adopción de la decisión tiene sin duda unos costes (fundamentalmente, de información), que han de ser considerados también (desde la «perspectiva de la eficiencia») a la hora de fijar los objetivos de la misma (no es posible siempre basar la decisión en la cantidad de información que en principio parecería deseable) (27). Finalmente, en tercer lugar, la misma distinción genérica entre objetivos y medios no es clara: al contrario, no es posible hablar en abstracto de objetivos o de medios, sino que solamente a partir de la consideración de la estructura, principios y valores de un Ordenamiento jurídico es posible establecer cuáles son los objetivos de la decisión judicial (y, consiguientemente, por exclusión qué factores quedan reducidos a meros medios para alcanzarla).

De cualquier forma, lo importante es que, para un Ordenamiento jurídico dado, la distinción posee validez. Y que en cualquiera de los Ordenamientos que históricamente han existido hasta hoy, ninguno de los cuales convertiría la eficiente asignación de recursos en principio primordial de su funcionamiento, sigue resultando posible diferenciar aquello

(25) En sentido similar, CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 43-44.

(26) CASALMIGLIA, *Doxa* 13 (1993), pp. 172-173.

(27) Sobre esto, los estudios de Coase ha proporcionado una primera base de análisis, sobre la que se ha desarrollado una amplia discusión posterior: *vid.* COASE, «The problem of social cost», *JLE* 3 (1960), pp. 1 ss.; ulteriores referencias en TORRES LÓPEZ, *Análisis económico del Derecho*, 1987, pp. 50-55; DURÁN Y LALAGUNA, *Una aproximación al análisis económico del Derecho*, 1992, pp. 110 ss. No obstante, parece que la existencia de dichos costes de información puede tener más repercusión sobre el modo de aplicación procesal de un tipo penal (por ejemplo: si debe o no someterse al principio procesal de oportunidad, o qué clase de pruebas han de considerarse suficientes para dar por probado el hecho típico) que sobre la propia interpretación del tipo. *Vid.*, sin embargo, CALABRESI, «Transaction costs, resource allocation and liability rules», *JLE* 11 (1968), pp. 71-73; POSNER, *Economic Analysis*, 1977, p. 125; el mismo, *The problemas of Jurisprudence*, 1990, pp. 44-45, donde se comentan las incidencias que puede tener la cuestión también sobre el Derecho sustantivo.

que debe constituir el objetivo primordial de la decisión judicial y lo que es simplemente una condición de corrección de la misma.

3. Esta distinción entre objetivos y condiciones de corrección en la decisión judicial que aplica el Derecho permite además diferenciar en cuanto a las consecuencias que ha de tener una decisión incorrecta. Así, cuando se trate de una decisión que no está orientada hacia los objetivos que toda decisión judicial debe cumplir, o cuando la misma infrinja los límites establecidos en cuanto a los medios aplicables para conseguir tales objetivos, la decisión judicial pecará, en Derecho Penal, generalmente de inconstitucionalidad; lo que, en términos técnico-jurídicos, equivale a decir que será nula *ipso iure* (28). Al contrario, cuando lo que la decisión incumple son las condiciones de eficiencia –de corrección–, de modo que da lugar a una solución orientada hacia los objetivos últimos pero mal diseñada (ineficiente), el vicio será de menor entidad, pudiendo dar lugar, a lo sumo, a la impugnación de la decisión (o, según cuál sea el régimen procesal vigente, quedar cubierta incluso por el margen de discrecionalidad que el Ordenamiento le concede al juez en sus decisiones) (29).

IV. CONTENIDO MÍNIMO DE JUSTICIA DE TODA DECISIÓN

1. Lo anterior se comprenderá con más claridad si observamos ya un ejemplo concreto, el de nuestro Derecho Penal. En el mismo, los objetivos básicos –directrices– de toda decisión en materia penal están fijados con claridad: de una parte, la protección del bien jurídico (30); de otra, el respeto a los valores superiores de nuestro Ordenamiento jurídico, valores que, por lo que a nosotros ahora nos interesa, pueden ser reducidos en la mayoría de las ocasiones a los de libertad e igualdad (art. 1.1 de la Constitución –en adelante, CE–), y que se concretan en derechos fundamentales. De este modo, la decisión judicial será tanto más justa cuanto más se aproxime al cumplimiento completo de estas dos directrices.

(28) Es decir, que la sentencia será casi siempre recurrible en amparo; y, cuando no, en el propio recurso de casación podrá ser anulada, en virtud de la falta de cumplimiento con ciertos «mínimos constitucionales».

(29) En materia penal, generalmente es esto último lo que sucede, dada la limitación con la que nuestra LECr. fija los motivos de casación.

(30) En la mayoría de las ocasiones, el bien jurídico resulta ser también un «bien constitucionalmente protegido», en la terminología de nuestro TC (*vid.*, por ejemplo, la STC 8-4-1981 –BOE núm. 99, de 25-4-1981–). *Vid. infra* qué consecuencias puede tener que ello no sea así.

De lo dicho hasta aquí puede extraerse ya una primera conclusión: que todos los restantes intereses en juego influyentes en la decisión judicial carecen del rango de objetivo primordial de la misma, constituyéndose a lo más en condición de corrección –de eficiencia– de la misma, en el sentido antes visto (dejamos ahora a un lado los problemas de cumplimiento o incumplimiento de las garantías formales constitucionalmente fijadas para la adopción de la decisión judicial, que, precisamente por su rango de derechos fundamentales, condicionan también la validez o nulidad de la decisión misma, igual que los dos objetivos enunciados).

2. Ahora bien, como con facilidad podrá comprenderse, los dos objetivos de justicia que he enunciado aparecen en numerosas situaciones como contrapuestos. Así, en el ejemplo antes señalado, de delincuencia medioambiental, lo más frecuente será que en el caso concreto el objetivo de protección del bien jurídico «medio ambiente» se tope con el objetivo de respetar el derecho a la propiedad privada y la libertad de empresa tal y como están reconocidos en los artículos 33 y 38 CE (de acuerdo con lo dicho, otros intereses, como el del desarrollo económico, o el del mantenimiento de los puestos de trabajo, no pertenecen a las condiciones esenciales de justicia de la decisión, sino únicamente a sus condiciones –secundarias– de corrección desde el punto de vista de la asignación de recursos).

En este caso, ya la propia CE ha previsto la posibilidad de esta colisión –y no sólo con el bien jurídico «medio ambiente»–, y la ha expresado a través de lo dispuesto en los artículos 33.2 y 38 CE respecto de la «función social de la propiedad» y el sometimiento a «las exigencias de la economía general». De cualquier forma, este reconocimiento expreso en nada cambia la cuestión de fondo (aunque dé a la discusión una base textual): a saber, que, dada la situación de colisión en un caso concreto de los dos objetivos básicos –de justicia– de la decisión judicial que ha de ser adoptada (decisión que, expresándonos en términos dogmáticos, ha de fijar el nivel máximo de riesgo penalmente permitido para el bien jurídico «medio ambiente»), es preciso establecer un punto de equilibrio entre ambos, punto en absoluto predeterminado –aunque sí limitado– por disposición legal alguna, ni siquiera por las de rango constitucional.

3. Pues bien, lo que tenemos que discutir ahora es el método para tal determinación (la índole de los argumentos legítimamente admisibles). Así, en primer lugar, es claro que allí donde la decisión judicial comience a afectar al «contenido esencial» (utilizando la terminología del art. 53.1 CE) de cualquiera de los dos objetivos, según los mismos son habitualmente interpretados –fundamentalmente por el Tribunal Constitucional– desde la perspectiva valorativa del Ordenamiento jurídico («perspectiva de la justicia», por lo tanto), la misma resultará claramente ilegítima (e inconstitucional, además), injusta desde la perspectiva del

Ordenamiento (31), no cabiendo ulterior argumentación (32). Así sucedería con una decisión que, a pesar del tenor literal del artículo 347 bis CP, considerase como atípico un vertido de sustancias venenosas en un río que sea totalmente innecesario y contrario a todas las disposiciones administrativas en la materia; o, al contrario, con otra que sancionase penalmente el almacenamiento de residuos por parte de las empresas propietarias de centrales nucleares, a pesar de hacerlo de acuerdo con la legislación vigente.

Sin embargo, no es ésta la situación habitual. Como es obvio, el juez que ha de aplicar el derecho toma en cuenta, al menos en su esencia, los objetivos que le son propuestos por el Ordenamiento jurídico para su ac-

(31) Naturalmente, me refiero aquí siempre a un concepto intrasistemático de justicia: lo que es justo para un Ordenamiento dado –para el nuestro–. La cuestión de la valoración externa en términos de justicia de la decisión judicial, no es considerada.

(32) El concepto de «contenido esencial» (de los derechos fundamentales reconocidos en el cap. segundo del tít. I de la CE) es introducido en nuestro Derecho Constitucional –a imitación de otros, como el germano-occidental– como garantía absoluta, para que determinados derechos constitucionalmente reconocidos, que gozan del carácter de «superfundamentales», no puedan ser adulterados, al menos en cuanto a su núcleo, por actuaciones del legislador, siendo en todo caso para ello necesaria una reforma constitucional (extraordinariamente rígida, además, cuando afecte a los derechos de la Sección primera de ese capítulo: cfr. el art. 168 CE): *vid.* PRIETO SANCHÍS, «Protección de los derechos fundamentales», en ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, IV, 1984, pp. 463-465. Dicho «contenido esencial» debe ser delimitado, según la STC 8-4-1981 (BOE núm. 99, de 25-4-1981), conforme a dos parámetros: el contenido mínimo necesario para que el derecho quede individualizado y, en segundo lugar, aquél que permite al titular del mismo satisfacer los intereses cuya satisfacción fundamenta el reconocimiento de dicho derecho (*vid.* PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional», *REDC* 3 (1981), pp. 187, 189-190, en relación con la base que esta concepción tiene en la Teoría General del Derecho y con el método de aplicación de la misma). Como ha señalado AGUIAR DE LUQUE, «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española», *RDP* 10 (1981), p. 120, la virtualidad práctica –directa– de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE es la de proporcionar un criterio más concreto para el control de constitucionalidad de las leyes de desarrollo de estos derechos fundamentales. No obstante, y puesto que el principio de constitucionalidad también rige para las decisiones judiciales (*vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 6.ª ed., 1993, pp. 98-102), idéntica función debe cumplir el concepto para la realización del control de constitucionalidad de las mismas; sólo que aquí, además, operará un segundo límite, marcado por la decisión legislativa –política–, de obligado respeto por efecto del principio general de legalidad, del artículo 9.3 CE (y especialmente rígido en materia penal, según lo dispuesto por el art. 25.1 CE y por el art. 23 CP-1944 y por el art. 2.1 CP vigente). Por otra parte, PAREJO ALFONSO, *loc. cit.*, pp. 170, 176-177, 188, apunta que, en realidad, junto con esta función negativa –de control–, el concepto de «contenido esencial» cumple también otra positiva, que también nos interesa a la hora de controlar la justicia de la decisión judicial: la fijación de (la cúspide de) la escala axiológica del Ordenamiento, a la que se dota del máximo rango normativo.

tuación y que están expresados en disposiciones legales (y existen para garantizarlo toda una serie de reglas interpretativas que el jurista aprende a respetar). Por lo tanto, las dificultades suelen plantearse más bien en la «zona gris» intermedia: es decir, en el cúmulo de posibles soluciones alternativas al caso que no significan necesariamente un desconocimiento absoluto de ninguno de los dos objetivos de justicia en colisión. En nuestro ejemplo, cuando de lo que se trata es de decidir si la conducta contaminante es tan grave como para merecer una sanción penal (aunque, desde luego, esté claro que la conducta es ilícita, al menos administrativamente); o si existían intereses de orden superior (a los medioambientales) que hacían necesaria o «justificada» dicha conducta (por ejemplo, intereses del desarrollo económico, la falta de regulaciones administrativas claras, la falta de recursos económicos para cumplir con las existentes, la evitación de males medioambientales mayores, el desconocimiento –o la dificultad para lograr dicho conocimiento– de otros posibles avances científicos en la materia,...).

Es en estos dilemas que aparecen en la «zona gris» donde la teoría de la argumentación jurídica está obligada a aportar soluciones más convincentes (33). Y, precisamente, lo que vamos a ver a continuación es que, para ello, es preciso recurrir a argumentos en torno a la eficiente asignación de los recursos sociales.

V. EFICIENCIA Y CRITERIOS JURÍDICO-PENALES DE IMPUTACIÓN

1. El fundamento valorativo para recurrir de esta manera a argumentos de eficiencia se halla en el reconocimiento del hecho de que las decisiones ajustadas a Derecho han de caracterizarse por su «racionalidad» (34) en varios niveles diferentes, y no únicamente en el lógico-sistemático o en el ético-moral (que son los habitualmente considerados en la discusión jurídica) (35). Y que, de entre esos diferentes niveles de ra-

(33) HAFT, *Juristische Rethorik*, 3.ª ed., 1985, pp. 93-94.

(34) Como afirma CASALMIGLIA, *Doxa* 13 (1993), p. 174, probablemente este concepto complica las cosas más de lo que las aclara. No obstante, a falta de otro término mejor, hablo de «racionalidad» –siguiendo su idea y la de ATIENZA, Sociología jurídica y ciencia de la legislación, en BERGALLI (coord.), *El Derecho y sus realidades*, 1989, p. 50; el mismo, *Practical Reason and Legislation*, *Ratio Juris* 5 (1992), pp. 272, 285– para referirme a la exigencia de que la decisión judicial sea sometida a toda una serie de controles a partir de ciertos modelos y criterios de valoración («racionalidad lógico-formal», «racionalidad teleológica», «racionalidad ética»,...), que pretenden estar interrelacionados y/o ser coherentes –esto es, no contradictorios y complementarios– entre sí.

(35) CASALMIGLIA, «Eficiencia y Derecho», *Doxa* 4 (1987), p. 283; el mismo, *RCEC* 1 (1988), pp. 307-308; el mismo, *Doxa* 13 (1993), pp. 168 ss.; ATIENZA, *Ratio Juris* 5 (1992), pp. 273, 284-285.

cionalidad, sin duda uno de ellos es el de la racionalidad teleológica –por emplear una expresión que ha hecho fortuna en nuestra teoría jurídica– o instrumental: esto es, el de la adecuación de los medios empleados (de la asignación de los recursos sociales disponibles en el campo concreto en el que la decisión se mueve) a los objetivos finales, de justicia (36). O, dicho en otras palabras: la decisión no sólo ha de ser moralmente buena, sino que ha de ser factible y eficiente –de entre las posibles y deseables, la más beneficiosa para los intereses generales– (37).

Si esto es así, parece necesario que, en todos aquellos casos en los que los objetivos de justicia antes descritos no aparezcan afectados de manera fundamental (es decir, cuando no exista una lesión del contenido esencial del bien jurídico ni del de los derechos fundamentales), sino que ambos permanezcan incólumes en sus líneas esenciales (de modo que, con ello, la decisión se mantenga en todo caso dentro de los parámetros valorativos –y literales– propios del Ordenamiento), la argumentación de índole teleológica o instrumental pueda jugar un papel esencial (38). Así

(36) CASALMIGLIA, *Doxa* 4 (1987), pp. 283-285; el mismo, *RCEC* 1 (1988), pp. 305, 307, 328, 332; el mismo, *Doxa* 13 (1993), p. 172; ATIENZA, en BERGALLI (coord.), *El Derecho*, 1989, pp. 58-59; el mismo, *Ratio Iuris* 5 (1992), pp. 274, 277-278, 280-281, 284-285; PASTOR, *Sistema jurídico*, 1989, p. 40; POSNER, *Jurisprudence*, 1990, pp. 105, 107, 108.

(37) Por lo tanto, desde la perspectiva del concepto intrasistemático de justicia que opera en el seno del Ordenamiento jurídico (y al margen de lo que personalmente pueda pensarse de ello) no es aceptable tampoco la solución utilitarista pura, en la que la cuestión de la racionalidad moral (la racionalidad de los fines) queda abandonada a un indeterminado «sentido común», «Derecho natural» o «convicción innata»: vid. ATIENZA, en Bergalli (coord.), *El Derecho*, 1989, pp. 59-60; el mismo, *Ratio Iuris* 5 (1992), p. 281.

(38) Es posible que, en contra de esta idea, pueda pensarse (sobre todo en la Dogmática penal) que la fundamentación de la aplicación de penas en consideraciones utilitarias resulta contraria a algún valor básico del Derecho Penal (¿a cuál?). Y, naturalmente, esta crítica no carece de sentido. No obstante, ocurre que aquí se parte de la base –discutible, desde luego– de que el Derecho Penal, y el conjunto del Ordenamiento jurídico, operan como subsistemas (dotados sin duda de algunas características propias) del macrosistema regulador del sistema social; y de que, además, dicho subsistema sirve como instrumento político en muy diversos campos y sentidos. Vid., al respecto, PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, Introducción. Y, si esto es así, el Derecho Penal, como cualquier otro instrumento político (por más que posea grandes peculiaridades como tal), habrá de regirse, entre otros, por criterios de racionalidad teleológica. Como digo, la cuestión es discutible y discutida, aunque mi convicción es que más en la teoría que en la práctica, donde este carácter instrumental aparece con meridiana claridad. Y, de cualquier forma, la crítica antedicha, de neta raigambre kantiana (la ilegitimidad moral de toda instrumentalización de la persona humana: cfr. KANT, «Die Metaphysik der Sitten», 1797, en *Kants Werke (Akademie Textausgabe)*, VI, 1907, ed. por P. NATORP, p. 335), ha sido dirigida siempre contra toda la concepción preventiva del Derecho Penal y de las penas: vid., por todos, ROXIN, *AT*, I, 1992, pp. 29-30. En este sentido, el paso que aquí se da no es sino uno más –radi-

pues, se puede decir que, allí donde existan dudas razonables acerca de cuál es el punto de equilibrio axiológicamente más correcto entre dos objetivos que entran en colisión en un caso concreto, habrá de optarse por aquella solución que optimice la utilización de los recursos sociales (39).

2. Si tratamos de profundizar ahora en esta idea de optimización de recursos, tendremos que tener en cuenta que el enfoque que a nosotros nos interesa es aquél, asumido por el llamado «análisis económico del Derecho» (40), que entra en la cuestión –central en estos casos– de la distribución de costes y de beneficios entre los distintos sujetos intervinientes en el conflicto subyacente al (presunto) delito (41). Y es precisa-

cal, si se quiere– en el proceso de funcionalización (respetuosa, eso sí, con las exigencias del Estado de Derecho) de la Dogmática, dentro de un planteamiento puramente preventivo del sistema penal (*vid.*, al respecto, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, pp. 19 ss.). El dilema parece plantearse hoy entre una funcionalización controlada y otra vergonzante, dilema ante el que opto claramente por la primera alternativa.

(39) De este modo, la interpretación de los tipos penales desde una perspectiva teleológica alcanza una nueva dimensión: no es sólo que haya que tomar en consideración los objetivos de la regulación [así, LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. de M. RODRÍGUEZ MOLINERO), 1980, p. 331], sino que, definidos dichos objetivos, es preciso que en la aplicación del tipo se intente optimizar la obtención de dichos objetivos, a través del mejor de los equilibrios que sea posible entre ellos, cuando sean varios y contrapuestos. Con lo que se lleva hasta el extremo –hasta el extremo posible, por el respeto debido al principio de legalidad penal– la búsqueda vinculación entre Derecho Penal y Política Criminal (cfr. ROXIN, *Política Criminal*, 1972, p. 33; el mismo, *AT*, I, 1992, p. 128); y, en realidad, con toda la Política Jurídica.

(40) Téngase en cuenta, no obstante, que en la corriente metodológica caracterizada bajo este término conviven muy diversos elementos. Y, para empezar, hay que distinguir entre los análisis –descriptivos– de los efectos económicos y sociales de las regulaciones jurídicas y las consecuencias –normativas– que luego se extraen de dichos análisis (en un sentido similar, OTT/SCHÄFER, «Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?», *JZ* 1988, p. 215; PASTOR, *Sistema jurídico*, 1989, pp. 40-41; CASALMIGLIA, *Doxa* 13 (1993), p. 176). Pues, mientras que los primeros resultan, a mi entender, pertinentes para la interpretación del Derecho (OTT/SCHÄFER, *loc. cit.*, pp. 216-217; *vid.*, sin embargo, las críticas resumidas en POSNER, *Jurisprudence*, 1990, pp. 362 ss.), las segundas suelen estar marcadas, en mayor o menor medida, por un claro sesgo ideológico –neoliberal–, que aquí no nos interesa. Sobre ese –y otros– componentes ideológicos, *vid.* DURÁN y LALAGUNA, *Análisis económico del Derecho*, 1992, pp. 155 ss.; MERCADO PACHECO, *El análisis económico del Derecho*, 1994, pp. 138 ss.

(41) Pues, en efecto, no debemos olvidar que el delito, no sólo en términos estrictamente sociológicos, sino también desde la perspectiva política y económica, es un conflicto de pretensiones, conflicto que no queda abandonado a su resolución espontánea –sea ésta violenta o negociada–, sino que es regulado por el Derecho: *vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Manual de Criminología*, 1988, pp. 613-614. En este sentido, el Ordenamiento jurídico interviene a través de la asignación de derechos –pretensiones–, protegidas a través de derechos de propiedad (remitiendo la resolución del conflicto a la negociación –una negociación regulada– entre las partes, que pueden enajenar su derecho), de la inalienabilidad (negando toda relevancia a una

mente sobre este problema sobre el que habrá que argumentar, con el fin de tomar en consideración en la medida de lo posible los efectos que una u otra distribución de costes y de beneficios puede producir (42).

3. La distribución de los costes y beneficios del hecho atentatorio contra el bien jurídico-penalmente protegido entre todos los sujetos intervinientes en el conflicto social subyacente al (presunto) delito (y, además, el Estado en cuanto que representante de los intereses colectivos) puede ser encarada desde dos perspectivas diferentes (43). En primer lugar, es posible realizar una equiparación automática entre la atribución (de la acción, y de sus resultados, a uno de los sujetos intervinientes), derivada de principios de índole cognoscitiva y/o valorativa extrajurídica (previsibilidad y evitabilidad, relevancia de la aportación causal, calificación como «querida» de la acción del sujeto, ...), y la asunción de todos los costes del conflicto (44). Esta fue, al menos en la teoría, la op-

de las pretensiones en conflicto) o de reglas de responsabilidad (que distribuyen imperativamente los costes del conflicto, pero sin impedirlo absolutamente): cfr. CALABRESI/MELAMED, *HarvLR* 85 (1972), pp. 1093-1115. En el Derecho Penal se da una combinación de los dos últimos tipos de instrumentos normativos.

(42) Resaltan también los componentes distributivos de las regulaciones jurídicas que atribuyen responsabilidad, CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 39-40, 55-57; CALABRESI/BOBBIT, *Scelte*, 1986, *passim*.

(43) CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 38-39, 150-153. Tal y como ha sido puesto de manifiesto recientemente por diversos autores (cfr. HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, *passim*, esp. pp. 30-36; el mismo, «Imputation», en ESER/FLETCHER (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, 1987, pp. 126-127; el mismo, *Strafrecht nach logischer-analytischer Methode*, 2.^a ed., pp. 364-368; NEUMANN, *Zurechnung und «Vorverschulden»*, 1985, pp. 269 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29-34), desde el punto de vista nomológico es posible diferenciar entre la norma primaria de conducta subyacente al tipo penal y las reglas de imputación que atribuyen responsabilidad al sujeto por el incumplimiento de dicha norma primaria (o, en otros términos, que determinan si un sujeto concreto, en una concreta situación, tiene un deber jurídico-penal de conducta, consistente en el seguimiento de dicha norma primaria: *vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3-XIV). Esto significa, en resumidas cuentas, que para la preservación de una misma norma primaria de conducta son susceptibles de ser utilizadas distintas estructuras de atribución de responsabilidad, con efectos diferentes sobre la distribución de costes y beneficios del conflicto entre las partes: reglas sobre la autoría, sobre la responsabilidad de los partícipes, sobre la imputación de resultados, sobre el carácter subjetivo u objetivo de la responsabilidad, sobre el grado de respeto al principio de culpabilidad, sobre el adelantamiento de la punición a fases imperfectas de ejecución,... y también, por supuesto, sobre los niveles deseables de riesgo permitido. Precisamente, este hecho es el que justifica que pueda y deba abrirse la discusión acerca de la racionalidad teleológica –eficiencia– de un concreto sistema de imputación, que siempre puede ser mejorado en cuanto a sus efectos (al igual que, de otra parte, siempre puede ser perfeccionado también, desde el punto de vista moral, en cuanto a los objetivos de justicia que persigue).

(44) Naturalmente, esta imputación conforme a principios no estrictamente jurídicos presupone una decisión jurídica: la de que el Derecho Penal debe atribuir

ción tradicional del Derecho Penal (45): en principio, parece que el sujeto que aportó el factor o factores causales determinantes en el curso fáctico subsiguiente –el autor–, y aquellos que aportaron de forma «querida» (dolosamente) el resto de los factores co-causantes –los partícipes dolosos–, habrían de responder de la totalidad de los resultados causados, con tal de que al menos (en el caso del autor) le fueran previsibles o, en ocasiones (allí donde sólo se sancione penalmente la comisión dolosa), que los hubiese querido (46).

Sin embargo, este modelo de distribución de costes se reveló pronto como ineficaz, sobre todo a medida que el Derecho Penal se fue alejando de la tradición clásica, prácticamente restringida a algunas figuras delictivas (algunos delitos contra bienes jurídicos individuales y algunos

responsabilidad penal en los casos en los que se den determinados vínculos cognoscitivos o valorativos extrajurídicos entre sujeto y hecho. Como ha indicado SCHÜNE-MANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», en el mismo (ed.), *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales* (trad. de J. M. SILVA SÁNCHEZ), 1991, pp. 43-53, la elaboración de estos criterios de imputación coincide con momentos de predominio en la Dogmática jurídica de un pensamiento –primero– naturalista y –después– neokantiano, que convierten con el mayor automatismo, respectivamente, las descripciones empíricas y las valoraciones en responsabilidad. Y, sin embargo, como vamos a ver (y he explicado con mayor detalle en otro lugar: cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido, passim*), dicha atribución de responsabilidad debería afirmarse únicamente sobre la base –como condición necesaria, y a veces suficiente– de criterios normativos, por más que las descripciones empíricas y las valoraciones prejurídicas puedan apoyar en ocasiones –como condiciones necesarias adicionales– dicha imputación.

(45) Más exactamente, del Derecho Penal moderno, constituido progresivamente a lo largo de siglos, a través de la influencia del Derecho romano y del canónico, y plasmado ya en la obra de los grandes penalistas de la Ilustración (*vid.* JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., 1988, pp. 83-86). No obstante, cfr. en POSNER, *Justice*, 1983, pp. 192 ss., los criterios de imputación utilizados en sociedades más primitivas, así como la justificación utilitaria de las mismas.

(46) En relación con los delitos dolosos, puede hallarse esta idea tradicional de la Teoría del Delito todavía en muchas obras actuales: cfr., por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pp. 59-61; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., 1981, pp. 66-67; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, I, 3.ª ed., 1985, p. 325; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., 1986, p. 68; BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., 1987, pp. 51-54, 58-59; HRUSCHKA, *AT*, 1988, p. 188; JESCHECK, *AT*, 1988, p. 208; QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., 1989, pp. 318-319; BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., 1990, pp. 102-103; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., 1990, pp. 228-229; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch*, 23.ª ed., 1991, 15, núms. 2-5; HAFT, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1992, p. 145; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 4.ª ed., 1992, p. 67; WESSELS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 22.ª ed., 1992, p. 27; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 1993, pp. 243-245; BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., 1994, p. 255.

delitos contra el Estado) cometidas dolosamente (47). En efecto, tanto en los delitos imprudentes comisivos como en los delitos de omisión se ha demostrado que la atribución de la totalidad de los costes del conflicto social al autor resulta ser una fórmula notablemente ineficiente de resolución de dicho conflicto. Pues en los mismos, y aparte de que deban existir obligatoriamente límites por razón del respeto a los derechos fundamentales y al principio de dignidad humana (así, la vigencia de límites como los de previsibilidad –responsabilidad subjetiva– y exigibilidad), la indiscriminada calificación como penalmente antijurídica de toda conducta de autoría –al menos, de la dolosa– significaría un incremento tal de los costes de la actividad que provocaría efectos colaterales notablemente indeseables. Así, en el caso de los delitos imprudentes comisivos, la obligación, impuesta a cualquier sujeto que actúe en el tráfico jurídico, de que adopte todas aquellas medidas de cuidado que sean objetivamente necesarias para reducir a cero cualquier posible riesgo derivado de su actuación significaría casi necesariamente la paralización de numerosas actividades, hoy consideradas como socialmente útiles (48): piénsese en cualquiera de las numerosas actividades peligrosas autorizadas en la actualidad (industrias contaminantes, molestas o peligrosas, tráfico rodado,...) (49). E igualmente, en el caso de los delitos de omisión,

(47) Señala CALABRESI, *PD* 1978, pp. 666, 670-671, que la existencia de un sistema de responsabilidad civil (y, generalizando, podríamos decir que de cualquier sistema de responsabilidad basado en criterios de imputación no automáticos) es propia de una sociedad mixta, que se mueve entre la intervención autoritaria del Estado y la libertad de actuación de los particulares. En un sistema de ese tipo, se produce una combinación de actuaciones individuales y de decisiones estatales: el particular puede actuar, su comportamiento no está radicalmente prohibido por ser peligroso, pero sí que está sujeto a «reglas de responsabilidad» –reglas de imputación–, en virtud de las cuales estará obligado a responder (penalmente, en nuestro caso) cuando se den determinadas condiciones (CALABRESI, *loc. cit.*, pp. 671-672). Precisamente, la modificación de las reglas de atribución de responsabilidad penal a la que me estoy refiriendo se ha correspondido con paralelas transformaciones sociales, hacia un mayor intervencionismo estatal, en el sentido que hemos visto antes. Modificación ésta que exige necesariamente una cierta sofisticación de las reglas de imputación, pues en otro caso (falta de criterios depurados o coste prohibitivo en la aplicación de los mismos) habrá que recurrir de nuevo a una asignación de costes sobre la base de la vinculación con los accidentes (*vid.* CALABRESI, *Accidentes*, 1984, p. 168).

(48) Esta idea fue apuntada ya por BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, II, 1907, p. 452.

(49) De este modo, la introducción del concepto de imprudencia (como desvalor de la acción que causó el resultado, y condición necesaria para la responsabilidad), y su progresiva imposición en contra del principio *versari in re illicita* (*vid.*, en nuestro Derecho, VIRTO LASCURÁIN, *El caso fortuito*, 1984, *passim*), significa limitar la atribución de responsabilidad sólo a ciertos supuestos de causación de un resultado disvalioso: *vid.* JESCHECK, *AT*, 1988, p. 509. Pero, más aún, el posterior reconocimiento de que existen espacios de riesgo permitido implica una nueva limitación, al excluir

un deber de actuación en todos los casos hasta el límite de lo humanamente posible (o de lo previsible y exigible en términos de dignidad humana) significaría un muy notable incremento de los costes que para un sujeto tiene asumir una posición en el tráfico jurídico: las posiciones de encargado de higiene y seguridad en el trabajo, de controlador aéreo, de guardagujas,... se volverían extremadamente arriesgadas en su ejercicio profesional cotidiano (50).

Pero es que, además, sucede que resulta posible hallar otras fórmulas de distribución de costes que resulten globalmente más eficientes y que, no obstante, mantengan, en los términos que antes he expuesto, el mínimo de respeto a los objetivos básicos —de justicia— que han de orientar la decisión judicial. Es por ello por lo que la moderna dogmática de los delitos imprudentes y de omisión (aunque la argumentación y la metodología pueden y deben ser trasladadas, con leves matizaciones, también al ámbito de los delitos comisivos dolosos) (51) se inclina cada vez con más decisión hacia dichas fórmulas, acogidas a través de tópicos como el de riesgo permitido (52).

VI. LA DISTRIBUCIÓN EFICIENTE DE COSTES

1. Se trata, por lo tanto, ya de establecer los criterios concretos de asignación eficiente de recursos (en concreto: de distribución del coste del conflicto) que han de servir para fijar el nivel máximo de riesgo penalmente permitido en todos aquellos casos que antes calificué como «intermedios», esto es, como no solventables totalmente en estrictos términos de justicia. Y la primera cuestión que hay que discernir es la de si la eficiencia que ha de perseguirse con la distribución ha de ir referido a la colectividad o a cada uno de los sujetos implicados.

La pregunta ha de ser respondida, en Derecho Penal, con rotundidad: dada su naturaleza de Derecho público y, sobre todo, en virtud de su función primordialmente preventiva (y sólo secundariamente distributiva), el juicio de antijuridicidad penal —tipicidad— ha de perseguir siempre ob-

la responsabilidad penal incluso en ámbitos en los que existe en principio una cognoscibilidad suficiente del riesgo para el sujeto actuante: *vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 9-V.

(50) Así, se habla en estos ámbitos de los requisitos de posibilidad y de exigibilidad, como límites del deber de conducta de los sujetos en materia de omisión: *cfr.*, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, pp. 26-30, 299-309.

(51) *Vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3-X, con ulteriores referencias. Defiende también esta extensión, desde el punto de vista de la eficiencia de la distribución de costes, POSNER, *Economic Analysis*, 1977, pp. 119-120.

(52) PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, caps. 3-XI, 11, 12.

jetivos de eficiencia colectiva (53) (54). Es decir, que lo fundamentalmente relevante en este sentido es que el balance de costes sea globalmente positivo (dando por supuesta ya, como antes he señalado, la incolumidad del núcleo esencial del bien jurídico y de los derechos fundamentales afectados por su protección, límite a toda consideración de eficiencia). Precisamente por ello, dicho sea de paso, es notablemente sugerente la posibilidad de que los estándares para la atribución de responsabilidad puedan ser diferentes en la aplicación de las normas penales y en materia de responsabilidad civil por daños (ámbito en el que la equidad misma de la distribución de los costes entre los sujetos podría ser considerada) (55).

2. ¿En qué sentido puede, entonces, hablarse en Derecho Penal de «distribución de los costes del conflicto»? Pues, en efecto, parece que la actividad del Derecho Penal es única y exclusivamente sancionadora: fijar una consecuencia jurídica sancionatoria (generalmente una pena, a veces una medida de seguridad y/o alguna otra consecuencia accesoria) para el sujeto considerado autor de la conducta típica. Sin embargo, si se considera con más atención el problema, se comprobará que, por lo que se refiere al juicio de tipicidad penal, éste cumple también una función distributiva de costes (para, mediante esta atribución de costes, prevenir lo ilícito) (56): la declaración de una determinada conducta A como pe-

(53) Esta afirmación se sustrae, gracias a las restricciones de que ha sido objeto con anterioridad (esto es, la exigencia de que se salvaguarden los objetivos básicos de justicia del Ordenamiento, así como todo el marco formal de la decisión –tenor literal del tipo penal, garantías procesales,...–), a la crítica de que se base en una visión extremadamente colectivista del bienestar social: *vid.*, sobre esta crítica, más ampliamente, POSNER, *Jurisprudence*, 1990, pp. 376-380.

(54) La afirmación inversa (a saber, que sólo debe intervenir el Derecho Penal cuando sea posible llegar a través de él a la solución más eficiente –y justa– posible: *vid.* CALABRESI, *Accidentes*, 1984, p. 38) pertenecería ya al ámbito de la Política Criminal, que aquí no es examinado.

(55) CALABRESI, «The decision for accidents: an approach to nonfault allocation of costs», *HarvLR* 78 (1965), pp. 739-743; el mismo, *Accidentes*, 1984, pp. 276-279, 311 ss. De hecho, las nuevas tendencias del Derecho Privado siguen esta línea, de consolidación en muchos ámbitos de una responsabilidad puramente objetiva, en función de consideraciones distributivas, teniendo en cuenta únicamente la cuantía y la causalidad del daño, así como las posiciones relativas de ambas partes (parte económicamente más fuerte, posibilidades de constituir seguros,...): *vid.* al respecto, por ejemplo, la reciente Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (art. 1). Aquí, por tanto, los argumentos de utilidad y de coste sociales globales deben tener una menor importancia, puesto que la distribución entre las partes –la justicia conmutativa en la distribución– es ya más relevante.

(56) *vid.* CALABRESI, *HarvLR* 78 (1965), p. 715; el mismo, *Accidentes*, 1984, pp. 59-60, 79-83; PAZ ARES, *ADC* 1981, pp. 626-627. Precisamente, esta prioridad del fin preventivo sobre el distributivo es lo que justifica que el sistema penal concorra con otros subsistemas jurídicos en la resolución del conflicto (responsabilidad civil

nalmente antijurídica significa, en resumidas cuentas (y siempre que se reconozca la eficacia motivadora de las normas imperativas, lo que constituye otra cuestión polémica, en la que ahora no puedo entrar) (57), la imposición a todos los sujetos que pretendan actuar en ese ámbito de actividad de la obligación de adoptar aquellas medidas de cuidado que sean objetivamente necesarias para evitar caer en dicha ilicitud (58); y, al contrario, la declaración de atipicidad penal de una conducta peligrosa B significa atribuir, en todo caso, a la víctima del posible resultado dañoso la carga de adoptar las correspondientes medidas de protección (59). En un ejemplo: si el vertido contaminante es delictivo, la empresa se verá motivada a adquirir un filtro para sus humos, y si no lo es (sobre todo, si no constituye ni siquiera un ilícito administrativo o civil), serán los habitantes próximos a la fábrica los que, en su caso, habrán de asumir el coste de las medidas de protección frente a la contaminación emitida por la empresa (o, en todo caso, terceros que están obligados a hacerlo por otros títulos: el Estado,...) (60).

3. Planteada la cuestión en estos términos, el objetivo –objetivo de eficiencia– deberá ser, por lo tanto, el de realizar una distribución de los costes del conflicto subyacente (61) tal que se logre la situación más cercana posible al óptimo de eficiencia social: a saber, una situación en la que no sea posible incrementar más el nivel de protección del bien jurí-

extracontractual, seguros, sistemas de previsión y asistencia social, ...): vid. CALABRESI, *op. cit.*, pp. 61-70.

(57) Parto, pues, de la base de que las normas penales cumplen –o, al menos, pretenden cumplir– una función de motivación de las conductas de los ciudadanos: vid. SILVA SANCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 1992, pp. 215-221, 353-359, con ulteriores referencias. Cfr., sin embargo, acerca de las dificultades existentes para que este efecto motivador que pretende cumplir la distribución de costes se produzca, CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 91-105.

(58) No se trata, naturalmente, de una auténtica «imposición» (en el sentido de que se constituya un deber jurídico protegido a través de una sanción atribuida a su incumplimiento). Pero, de facto –*no de iure*– (KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, p. 67; el mismo, «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit», *GA* 1994, p. 211), la forma de cumplir con lo dispuesto por la norma penal primaria –norma de conducta– es, precisamente, la adopción de dichas medidas de cuidado: se trata, por lo tanto, de deberes derivados, y no directos. Vid., sobre ello, más ampliamente, PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3-XIV, con ulteriores referencias.

(59) Se trata de nuevo de una atribución de hecho, no de Derecho.

(60) Vid., resumidamente, POSNER, *Economic Analysis*, 1977, pp. 123-124; CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 86-88; POLINSKY, *Análisis económico*, 1985, pp. 55-61; PASTOR, *Sistema jurídico*, 1989, pp. 157-160.

(61) Tres son las clases de costes del delito (CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 44-45): costes directos del mismo (el resultado contaminante), costes indirectos asumidos por la víctima y/o por el Estado como consecuencia de la lesión del bien jurídico (daños indirectos derivados de la contaminación, costes de las medidas de protección) y costes de la resolución del conflicto.

dico sin que los costes de dicho incremento (en términos de reducción, cualitativa o cuantitativa, de la actividad peligrosa –y socialmente útil–) sean superiores a los costes generados por el riesgo que amenaza de no incrementarse la protección (62). Esto, expresado en términos más empíricos, significa que habrá que buscar aquel modelo de diligencia en el que cualquier incremento adicional por encima de lo exigido en la cantidad o naturaleza de las medidas de cuidado adoptadas para evitar el riesgo signifique un incremento de costes superior a la disminución de costes o incremento de utilidad esperables por la reducción del riesgo para el bien jurídico (63) (64).

4. La decisión eficiente ha de derivarse, por lo tanto, en sede de determinación de la antijuridicidad, fundamentalmente de un análisis coste/beneficio (65). Esto se debe a que en este ámbito se trata ante todo de

(62) CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 106-118, 124-138, 183-194.

(63) *Vid.* CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 153-162, acerca de las condiciones para lograr este nivel de eficiencia.

(64) De nuevo, podría replicarse que es imposible valorar y comparar las funciones de utilidad y de costes de muchos de los bienes, valores, derechos e intereses que son reconocidos por el Ordenamiento, por su incalculable valor: *vid.*, por ejemplo, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *StGB*, 1991, 34, nm. 23. Pero, en realidad, dicha réplica sería una petición de principio, contradicha por la realidad jurídica: lo cierto es que las vidas, las propiedades, las lesiones corporales, etc., se valoran y se comparan todos los días (en la regulación de las causas de justificación, en la constitución de seguros, en la determinación de las indemnizaciones, etc.). *Vid.*, en el mismo sentido, POSNER, *Economic Analysis*, 1977, p. 149; el mismo, *Jurisprudence*, 1990, p. 379; CALABRESI, *HarvLR* 78 (1965), pp. 716-717; el mismo, *Accidentes*, 1984, pp. 35-36; PASTOR, *Sistema jurídico*, 1989, pp. 38-39. Cuestión distinta es que muchas veces dicha valoración no sea monetaria, y ni siquiera cuantificable en términos cardinales (*vid. infra*).

(65) Hablamos de análisis coste/beneficio para referirnos a la valoración –y ponderación– de las curvas de utilidad y de costes de cada incremento o disminución adicional del nivel de protección del bien jurídico (a través de la consiguiente reducción o elevación del nivel máximo de riesgo permitido). *Vid.* WÄLDE, «Entscheidungstheoretische Perspektiven für die Rechtsanwendung», *Rechtsth.* 6 (1975), pp. 231-234. Dicho análisis exige, una vez establecidas las posibilidades de decisión y sus diferentes consecuencias, el desarrollo de varios pasos sucesivos, que aquí sólo describiré muy someramente, dado que merecen un estudio pormenorizado que aquí resulta imposible. En primer lugar, habrá que fijar la curva de indiferencia o de isoutilidad entre los dos intereses en juego, de protección del bien jurídico y de preservación de la actividad socialmente útil (*vid.* MADDALA/MILLER, *Microeconomía*, 1991, pp. 91-92, 93). En segundo lugar, hay que establecer la tasa marginal de sustitución, esto es, la proporción en la que la renuncia a (parte de) uno de los intereses concurrentes representa una utilidad para el otro interés (MADDALA/MILLER, *op. cit.*, pp. 95-96). En tercer lugar, debe determinarse la llamada isocuenta de producción, que es la curva que indica las diversas combinaciones de factores (en nuestro caso, de medidas de cuidado) que dan lugar a un idéntico producto final (en nuestro caso, a un mismo nivel de protección del bien jurídico), así como la tasa de sustitución entre dichos factores: MADDALA/MILLER, *op. cit.*, pp. 170, 172-173. En cuarto lugar, hay que determinar los costes de producción de cada uno de esos factores (MADDALA/MILLER,

fijar estándares de conducta (66). Y los mismos, en nuestro Derecho, han de ser establecidos conforme a criterios eminentemente objetivistas, de protección de los intereses en juego (67).

Sólo en segundo lugar, por lo tanto, desempeñarán aquí un papel las eventuales consideraciones en relación con la necesidad preventiva de pena (68) (en definitiva, un análisis coste/eficacia) (69), como derivación del principio de intervención mínima del Derecho Penal (límite, pero no

op. cit., pp. 196-210): o, en nuestro caso, el coste de adoptar cada una de las medidas de cuidado necesarias. Y, sobre la base de todos estos datos de utilidades y de costes, se podrá adoptar ya la decisión final respecto del nivel de riesgo permitido que resulta deseable en términos de eficiencia: a saber, aquél en el que un incremento en la protección de uno de los intereses concurrentes (a través de la disminución o elevación del nivel máximo de riesgo permitido) signifique, en atención a los costes marginales generados, una utilidad marginal de signo negativo de mayor entidad que la utilidad marginal positiva que dicho incremento de protección genera directamente.

(66) A esto atiende fundamentalmente la llamada «norma primaria» o «norma de conducta»: *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, pp. 340-352, con ulteriores referencias.

(67) Para una mayor fundamentación de este punto de partida, *vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, caps. 3-III, 3-IV, 7, 9-III, con ulteriores referencias.

(68) Sobre el propio concepto de necesidad de pena, *vid.*, recientemente, LUZÓN PEÑA, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *ADP* 1993, pp. 22 ss., *passim.*, quien aporta amplias referencias al respecto.

(69) Se habla de análisis coste/eficacia para aludir al estudio de las implicaciones que tienen sobre la decisión, en el ámbito de la razón práctica, dos hechos: la falta de transparencia plena en cuanto a la información disponible a la hora de adoptarla y la incertidumbre que, en medios no deterministas —como lo es el medio social—, caracteriza siempre el conocimiento de las eventuales consecuencias futuras de dicha decisión. *Vid.* WÄLDE, *Rechtsth.* 6 (1975), pp. 235-236. Pues, en virtud de estos dos factores, cualquier decisión, además de ser eficiente en abstracto (esto es, atendidos los costes y beneficios que en principio deberían derivarse de la misma), debe serlo también en concreto (debe ser eficaz: sobre el concepto de eficacia en materia jurídica, *vid.* RAISER, *Rechtssoziologie*, 1987, pp. 252 ss., con ulteriores referencias). Y, para ello, en ocasiones es preciso incrementar los costes (MADDALA/MILLER, *Microeconomía*, 1991, pp. 600-604): elevar el nivel de exigencia jurídica, reduciendo el nivel máximo de riesgo permitido; incrementar las sanciones;... Con lo que, de hecho, en estos casos resulta preciso realizar una nueva ponderación de costes y beneficios (de costes y de eficacia), para determinar el nivel óptimo de intervención: *vid.* POLINSKY, *Análisis económico*, 1985, pp. 90 ss., para un ejemplo de análisis coste/eficacia. Pues bien, mi tesis es que, en el nivel de la aplicación del Derecho Penal (otra cosa muy distinta sucede en el momento de la tipificación: *vid.*, por todos, ATIENZA, en BERGALLI (coord.), *El Derecho*, 1989, pp. 57-58; el mismo, *Ratio Iuris* 5 (1992), pp. 280-281; CASALMIGLIA, *Doxa* 13 (1993), pp. 171-172), este tipo de argumentos (argumentos de índole preventiva) sólo opera de forma secundaria en sede de antijudicialidad (aunque, como veremos, en ocasiones —pero excepcionalmente— son estas consideraciones de eficacia preventiva las que llevan a reducir el ámbito del riesgo permitido), mientras que, por el contrario, es la principal clase de argumentos que rige el juicio de culpabilidad.

fundamento de la tipicidad penal) (70). Por el contrario, dicho tipo de análisis tendrá un papel fundamental en el juicio de culpabilidad (al menos si la misma se entiende como receptividad normal –y sobre este término gravitará la valoración coste/eficacia– del sujeto a la motivación precedente de las normas penales) (71).

5. Al margen de estos dos núcleos esenciales (primario uno, secundario el otro) del proceso de determinación de la antijuridicidad –y del nivel máximo de riesgo penalmente permitido–, entrarán en consideración también, en algunos casos (para ciertas clases de delitos, o para algún caso únicamente), argumentos de eficiencia adicionales (que, sin embargo, no van a ser examinados aquí en detalle):

a) En primer lugar, habrá que tener en cuenta la incidencia de las situaciones de negociación entre las partes del conflicto, delincuente y víctima. Pues, en efecto, como ha sido puesto de manifiesto por muy diversa doctrina, tanto por la criminológica (72) como por la propia de la teoría de los juegos, existen situaciones de conflicto generadoras de responsabilidad en las que cabe la posibilidad de una negociación entre ambas partes afectadas; o, por mejor decir, en las que la negociación entre ellas, dado su coste relativamente reducido, es pensable (73). Tales situaciones pueden darse, por ejemplo, en el caso que venimos contemplando de delincuencia medioambiental: es perfectamente posible que la comunidad afectada por el acto contaminante esté dispuesta a negociar con el contaminador la retribución por el riesgo y/o por la lesión. Y lo importante es que dicha negociación, con el comportamiento estratégico al que da lugar (74), puede conducir, si no es tenida en cuenta, a que el

(70) Como he indicado ya en otra parte (PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3, n. 79), el llamado «principio de intervención mínima» no puede ser considerado como un auténtico principio, en el sentido de que cree una vinculación vigente en todos los casos (*vid.* ATIENZA/RUIZ MANERO, «Sobre principios y reglas», *Doxa* 10 (1991), pp. 104-105), sino únicamente como una directriz o norma programática, que ha de constituirse en objetivo y orientar la aplicación de las reglas de imputación.

(71) ROXIN, *AT*, I, 1992, pp. 547-550.

(72) *Vid.* GÖPPINGER, *Kriminologie*, 4.^a ed., 1980, pp. 600, 601-603, 606; SCHNEIDER, *Kriminologie*, 1987, pp. 774-780.

(73) Sobre las condiciones y procedimiento de dicha negociación, *vid.*, por todos, AXELROD, *La evolución de la cooperación* (trad. de L. Bou), 1984, *passim*, con ulteriores referencias; e igualmente, HAFT, *Verhandeln*, 1992, *passim*.

(74) Se habla de «comportamiento estratégico» para referirse a la conducta del sujeto que participa en un juego estratégico: esto es, en una interacción con otros sujetos regulada por unas reglas de tal índole que los resultados beneficiosos o perjudiciales no se derivan solamente de su comportamiento, sino también del comportamiento de los demás intervinientes en el juego. En este sentido, la negociación es un caso paradigmático de juego estratégico: las ventajas o cargas que obtenga cada una de las partes depende tanto de su actuación como de la de los demás intervinientes.

resultado efectivo de la ponderación de intereses realizada por el juez no resulte feliz, a pesar de que la misma haya sido hecha de acuerdo con los criterios de eficiencia que estamos analizando. Pues, en efecto, puede ocurrir que las partes (por ejemplo, la víctima o el Ministerio Fiscal) estén dispuestas a reducir su pretensión de persecución penal del delito a cambio de compensaciones presentes o futuras (que pueden ser privadas –compensación económica, soborno–, pero también de interés público –nuevas inversiones–).

Desde el punto de vista del Derecho Penal (que, no lo olvidemos, es una parte del Derecho imperativo) esta posibilidad de negociación entre las partes directamente afectadas en el conflicto (puesto que normalmente sólo para las partes directamente afectadas –esto es, responsables penales y sujeto pasivo de su acción– suele ser posible negociar a un coste razonable) significa un claro desafío a la función preventiva –tanto general como especial– que el mismo pretende tener. Por ello, a la hora de realizar la ponderación (el análisis coste/beneficio y el análisis coste/eficacia) dicha posibilidad habrá de ser tenida en cuenta: a saber, la de que las partes en el conflicto puedan actuar de una forma distorsionada como consecuencia de un comportamiento estratégico, dirigido a influir en la otra parte y en la decisión judicial. Por ello, puede ser necesario hacer pesar este hecho en el juicio de antijuridicidad. Así, por ejemplo, es posible que en supuestos en los que la negociación es factible sea preciso que el nivel de riesgo penalmente permitido sea fijado en un punto más bajo de lo que en principio, conforme a un estricto análisis coste/beneficio, correspondería, con la finalidad de combatir, desde el punto de vista preventivo-general, las expectativas de negociación y liberación de su responsabilidad que el posible autor del delito (así, en el delito medioambiental del que antes hablaba) pudiera eventualmente poseer. O, al contrario, es posible que en otros casos (por ejemplo, en ciertos accidentes de circulación) sea conveniente elevar el nivel máximo de riesgo permitido por encima de lo que en principio parece el nivel eficiente, para evitar una tendencia de las víctimas a exponerse en exceso, ante la posibilidad de negociar con la otra parte y obligarla a adoptar aún mayores medidas de cuidado para evitar la atribución de responsabilidad.

b) Naturalmente, en segundo lugar, será posible también tener en cuenta el dato de la aversión o neutralidad ante el riesgo del sujeto que ha de ser motivado por el Derecho Penal (75). De este modo, la media y distribución estadística del grado de aversión al riesgo de los destinatarios concretos de un tipo penal puede servir como argumento (de índole

(75) POSNER, *Economic Analysis*, 1977, pp. 127-128.

preventivo-general) para la fijación del nivel máximo de riesgo penalmente-permitido (76).

VII. ALGUNAS DIFICULTADES PARA LA DISTRIBUCIÓN EFICIENTE

1. Aceptado, pues, el hecho de que el problema ha de abordarse fundamentalmente en términos de análisis coste/beneficio (pero con las numerosas matizaciones y limitaciones que he ido introduciendo a lo largo del trabajo), me parece que las dos dificultades mayores son, de hecho, las siguientes: primero, las relativas a la información disponible sobre las alternativas de actuación y sus consecuencias; y segundo, las existentes para valorar de modo consistente dichas alternativas.

2. En lo que respecta al primero de los problemas, el de la información, el mismo debe ser solucionado en parte en Derecho Penal mediante la fijación, por decisión normativa, de un estándar mínimo de conocimientos y capacidades, que se presuponen a todo aquél que ocupe una determinada posición en el tráfico jurídico (y, naturalmente, el contenido de dicho estándar es independiente del hecho de que, *de facto*, el ocupante de la posición en cuestión posea o no tales conocimientos, pues se trata más bien de un criterio de atribución de responsabilidad) (77). En mi opinión, la fijación de dicho estándar ha de ser individualizada para cada una de las posiciones definibles en el seno del tráfico jurídico (78) (aunque pueda ser elevado para casos concretos), pues —entre otras razones, que aquí no examinaré (79)— sólo tal método garantiza la adecuada relación entre este criterio de atribución de responsabilidad y las necesidades de prevención, así como una eficiente asignación de los costes para el caso concreto (80).

(76) Sobre la forma de determinar el valor de este parámetro, *vid.* MADDALA/MILLER, *Microeconomía*, 1991, pp. 604-607.

(77) *Vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 7. No obstante, dicha independencia no es absoluta (*ultra posse nemo obligatur*), lo que tiene una doble justificación: desde la perspectiva de la justicia, por razones de inexigibilidad, y desde la de la eficiencia, a causa de la imposibilidad (o del elevadísimo coste) de conocer todas las posibilidades de creación de riesgo (CALABRESI, *HarvLR* 78 (1965), pp. 733-734; POSNER, *Economic Analysis*, 1977, p. 130).

(78) PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 8-IX.

(79) *Vid.*, para más detalles, PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, caps. 7, 9-VIII.

(80) CALABRESI, *HarvLR* 78 (1965), pp. 733-734. Y, tal y como indica POSNER, *Economic Analysis*, 1977, p. 125, para hacer frente —y minimizar— los elevados costes de esta individualización del deber para cada caso se recurre al mecanismo de la tipificación de las posiciones jurídicas. Tipificación que es expresada a veces por escrito (en reglamentos administrativos o profesionales) y en otras ocasiones se plasma

En efecto, la fijación del estándar de conocimientos y de capacidades conforme al cual se enjuicia la conducta de un sujeto es el punto en el que se establece el límite máximo de la responsabilidad penal (y así se cumple, al menos formalmente, con el principio de responsabilidad subjetiva): el grado de diligencia que es debido (81). De este modo, la opción por un estándar fijado normativamente pero tendente a la individualización de la responsabilidad –y en la práctica, establecido por el juez– da entrada en este momento a las consideraciones de eficiencia, además de a las de justicia (82). Así, lógicamente el nivel de conocimientos y de capacidades que se tome en consideración para juzgar la conducta de quien ocupa una posición jurídica debe tener mucho que ver con las necesidades preventivas y con la eficaz distribución de los costes entre los intervinientes en el conflicto, en el sentido antes visto (83). Por ejemplo, parece claro que el estándar de conocimientos del director de una empresa que maneja sustancias altamente contaminantes ha de ser relativamente elevado, pues parece razonable atribuirle a él y a su empresa los costes –y la responsabilidad, si no los asume adecuadamente– de evitar el acto peligroso o lesivo para el medio ambiente.

3. Si nos referimos, por otra parte, a la cuestión de la información disponible para el juez a la hora de decidir, el problema no es distinto del que pueda darse en otros casos de adopción de decisiones. Es decir, que la decisión en condiciones de incerteza obliga a utilizar información de carácter principalmente probabilístico (84), y ello tanto en cuanto a la si-

(en usos socialmente reconocidos), y que sirve a la jurisprudencia como fuente para la concreción del deber de conducta del sujeto actuante y del nivel máximo de riesgo que le está permitido crear al mismo en el caso concreto.

(81) PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 8-II.

(82) Concluye CALABRESI, *Accidentes*, 1984, p. 278, su análisis de los sistemas de responsabilidad con la afirmación de que un sistema de responsabilidad por culpa sólo es idóneo para reducir al mínimo aquellos resultados lesivos donde la conducta disvaliosa constituya una de las causas necesarias del accidente; no, por el contrario, para reducir la cifra global de resultados lesivos, ni el número global de acciones disvaliosas. Pero es que, precisamente, los fundamentos valorativos del Derecho Penal –principio de responsabilidad subjetiva y principio de protección de bienes jurídicos– conducen también hacia ese objetivo: ni responsabilidad exclusivamente objetiva, por el resultado, ni responsabilidad exclusivamente subjetiva, por el desvalor de la acción. Y, si esto es verdad, resulta que el análisis en términos de eficiencia llevaría también, al igual que la argumentación valorativa habitualmente empleada, a la defensa de un sistema mixto de injusto.

(83) PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, caps. 8-IX, 11.

(84) Sobre los procesos de adopción de decisiones bajo condiciones de incerteza, *vid.*, por todos, RAIFFA, *Analyse de la décision* (trad. francesa de Y. DE CALAN/H. DE CARPENTIER), 1973; STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, IV-B: *Entscheidungslogik*, 1973. Y cfr. WÄLDE, *Rechtsth.* 6 (1975), pp. 205 ss.; NELL, *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, 1983, pp. 127 ss.; FREUND, «Richtiges Entscheiden»,

tuación objetiva (por ejemplo, el grado de peligro para el bien jurídico) (85) como respecto de la posibilidad de conocimiento de los sujetos intervinientes (la previsibilidad del riesgo para el autor) (86). Esto, naturalmente, dificulta la toma de una decisión, aunque no creo que deslegitime la decisión adoptada, siempre que se observen las leyes epistemológicas que regulan la utilización de conocimientos meramente probabilísticos, puesto que se trata de una limitación inherente a casi todos los procesos de razonamiento práctico (87).

4. Por lo que se refiere a las dificultades en relación con la valoración de las alternativas, y sin referirme aquí detalladamente ahora a todos y cada uno de los pasos necesarios en el proceso de valoración [básicamente: valoración de cada una de las alternativas posibles de decisión, posterior ordenación de las mismas y, finalmente, elección de la(s) óptima(s) desde el punto de vista de la eficiente asignación de recursos –fijación del nivel máximo de riesgo permitido para el caso concreto–] (88), creo que se pueden hacer las siguientes aclaraciones:

a) En primer lugar, es importante notar que, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos de decisión colectiva, en el de la aplicación del Derecho –y, señaladamente, en el del Derecho Penal– las valoraciones no son otorgadas, ni siquiera como modelo, por agregación de preferencias individuales, sino por decisión autoritaria de un único sujeto (el Ordenamiento jurídico, personificación de los sentidos posibles de las normas, según la redacción y el contexto sistemático y valorativo en los que las mismas se encuentran) (89). De este modo, se diluyen en este ámbito los problemas de adopción de la decisión colectiva (paradoja de

GA 1991, pp. 387 ss., *passim*; SCHWINTOWSKI, «Das Konzept funktionaler Interdependenz zwischen Ökonomie und Recht», *Rechtsth.* 23 (1992), pp. 44-53, en relación con la utilización de la Teoría de la Decisión a los procesos de aplicación del Derecho.

(85) *Vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 5.

(86) *Vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 9-V.

(87) PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 5-V. No debe descartarse tampoco, sin embargo, la eventualidad de que en ocasiones las limitaciones en la información realmente disponible sean tales que la ponderación se convierta en un auténtico remedo, carente de cualquier racionalidad teleológica: *vid.*, al respecto, TEUBNER, «Aspetti, limiti, alternative della legificazione», *SD* 1985, pp. 13-23. Cuando esto sea así, la vigencia del «principio de intervención mínima» debe conducir necesariamente a negar la existencia de negligencia –al menos, de la penalmente típica– en la conducta y a afirmar la presencia de un riesgo –penalmente– permitido, siempre, claro está, que se respete el «contenido esencial» de los objetivos de justicia de la regulación y su tenor literal en cuanto límite a la punición.

(88) *Vid.*, más ampliamente, PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 11.

(89) LARENZ, *Metodología*, 1980, pp. 314-315.

Arrow, etc.) (90), trasladándose al previo momento legislativo. Aunque, claro está, y puesto que para obtener una valoración jurídica de las distintas alternativas de decisión posibles el juez ha de recurrir al conjunto del Ordenamiento jurídico (para valorar los distintos niveles posibles de protección del medio ambiente en un caso concreto, con sus correlativas consecuencias en materia de desarrollo económico, libertad individual,...), en dicha interpretación se verá obligado a realizar un cierto regreso *ad infinitum*, considerando las perspectivas «de la justicia» y «de la eficiencia» en la interpretación de cada una de las normas consideradas. Complicación esta que en nada cuestiona la legitimidad del método propuesto, y que habrá de ser solventada por la vía de la creación de una tradición interpretativa jurisprudencial coherente en la materia.

b) En segundo lugar, y como ya señalé con anterioridad, es importante seleccionar bien los intereses que pueden ser considerados –legítimamente, se entiende– en la ponderación y en el análisis coste/beneficio. En este sentido, ya dije que, cuando se trata del nivel de protección penal que merecen bienes jurídicos dotados de rango constitucional (y muchos de los protegidos en nuestro CP gozan de él: vida, integridad física, honor, intimidad, libertad, medio ambiente,...), solamente derechos, principios o intereses que posean idéntico rango pueden ser considerados como concurrentes; y solamente respecto de ellos puede plantearse la duda –la «zona gris», de la que antes hablaba– de cuál es el nivel de protección penal que garantiza adecuadamente, esto es, eficientemente desde el punto de vista social, los dos intereses en juego. La cuestión resulta, por el contrario, más dudosa cuando el bien jurídico-penalmente protegido no es proclamado como tal por la CE (no hay muchos casos en nuestro Derecho: la fe pública, determinadas facetas de la protección penal del patrimonio, algunos casos de delitos sexuales, ciertos delitos contra la salud pública o contra la seguridad del Estado,...). En ese caso, será posible admitir como legítimamente concurrentes muchos otros intereses estimables para el Ordenamiento jurídico, reconocidos en normas con fuerza de ley, en tratados internacionales suscritos por el Estado español, en sentencias del TC, ... además, claro está, de los constitucionalmente reconocidos. De cualquier forma, lo que importa es darse cuenta de que cuando la concurrencia no sea legítima (por tratarse de intereses de rango inferior en nuestro Ordenamiento al del bien jurídico-penalmente protegido) será tan sólo aparente, debiendo gozar el bien en cuestión del máximo de protección sin consideración alguna por el otro interés. Así, el caso de posible delito ecológico que venimos manejando puede plantear dudas en relación con la concurrencia entre protección del medio am-

(90) *Vid.*, para una amplia introducción a la problemática de la decisión colectiva, MUELLER, *Elección pública* (trad. de J. C. ZAPATERO), 1984, donde se examinan todos estos problemas y las diversas alternativas de solución.

biente y libertad de empresa; no pueden, sin embargo, existir tales dudas acerca de que el bien jurídico medio ambiente es de superior rango, por ejemplo, que la obligación de obedecer a los mandatos de la Administración Pública.

c) En tercer lugar, es necesario insistir en la exigencia de que, para que sea lícito recurrir a métodos de ponderación, es preciso que la concurrencia entre intereses –dando ya por supuesto que sea legítima– no sea solventable mediante el recurso a soluciones que no afecten a ninguno de los dos intereses (y tampoco a un tercero del mismo rango) (91).

d) En los casos en los que los intereses concurrentes y merecedores de protección jurídicas son diversos, parece que lo que debe hacerse es enfrentar el interés en la protección del bien jurídico (en nuestro ejemplo, del medio ambiente) con cada uno de los otros intereses concurrentes (el desarrollo económico de una zona, la libertad de empresa, el derecho de propiedad,...), y luego optar por el mínimo común de protección penal a todos ellos (en virtud de las exigencias del principio de intervención mínima) (92).

e) En quinto lugar, hay que advertir de que la valoración de alternativas y su ordenación habrá de realizarse generalmente, en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, a través de cuantificaciones ordinales, y no cardinales. Y ello, naturalmente, ante la muy frecuente dificultad de valorar numéricamente (y menos aún en términos monetarios) (93) los costes y beneficios de las distintas alternativas (94).

f) Finalmente, parece preciso utilizar en este proceso un concepto restrictivo de costes y de beneficios, que permitan aplicarlo en procesos

(91) *Vid.*, sobre este requisito, PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 10-IX.

(92) En un ejemplo: si los puntos de equilibrio entre la protección del bien jurídico medio ambiente y la libertad de actuación son, en relación con cada uno de los intereses concurrentes –el desarrollo económico de una zona–, la libertad de empresa, el derecho de propiedad, respectivamente n , $n+1$, $n+5$, $n+20$ (entendiendo que cuanto mayor es la cifra referida, mayor es la protección penal, y menor por lo tanto el espacio de riesgo permitido), entonces la decisión judicial debería inclinarse por fijar en n el nivel máximo de riesgo permitido para ese caso concreto. Y ello, porque sólo en ese punto –el punto mínimo de equilibrio– se respetan de forma suficiente todos los intereses referidos a la libertad de actuación que concurren; y, en definitiva, porque así lo exige el acatamiento a ese objetivo del Derecho Penal que es el «principio de intervención mínima» –mínimamente necesaria–. Con este resultado, por cierto, el bien jurídico quedará de hecho parcialmente desprotegido –desde el punto de vista penal–, en beneficio de la libertad de actuación. Aunque, como hemos visto, ello sólo será admisible hasta un cierto límite: a saber, el de la afectación al «núcleo esencial» del bien jurídico.

(93) POLINSKY, *Análisis económico*, 1985, pp. 138 ss.; PASTOR, *Sistema jurídico*, 1989, pp. 38-39.

(94) Cfr. MADDALA/MILLER, *Microeconomía*, 1991, pp. 90-91, en relación con la naturaleza necesariamente ordinal de la función de utilidad. *Vid.*, igualmente, CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 205 ss.

penales reales, por más que con ello se pierda algo en la eficiencia de la decisión. Así, creo que sólo los efectos directos y (relativamente) inmediatos de la decisión sobre cada uno de los intereses concurrentes puede ser considerado. Además, no parece que deban tomarse en consideración los costes de oportunidad de cada una de las alternativas de decisión (95), sino únicamente los costes directos: los de adoptar las medidas de cuidado para proteger el bien jurídico y los del resultado lesivo que amenaza a dicho bien. Acaso en el futuro, con modelos de análisis más perfeccionados, sea posible trasladar al ámbito de la aplicación judicial del Derecho Penal nuevos elementos de coste y de beneficio, pero hoy por hoy parece ilusorio plantearlo.

VIII. CONCLUSIONES

1. De todo lo anterior surge, pues, un completo programa de investigación, que en muy buena medida está aún por realizar, y que me atrevo a proponer a modo de conclusión. Dicho programa debe centrarse, en sus líneas esenciales, en dos grandes cuestiones:

a) En primer lugar, es preciso determinar (y en esto la Dogmática, tanto penal como constitucional, ya ha avanzado algo) (96) cuál debe ser el contenido de esos «núcleos esenciales» de los bienes jurídicos penalmente protegidos, así como los de los derechos fundamentales, reglas y principios básicos del sistema jurídico que pueden, eventualmente, concurrir con ellos en un concreto caso penal.

b) En segundo lugar, hay que proceder a desarrollar modelos metodológicamente bien fundamentados de ponderación, que vayan más allá de las indicaciones excesivamente genéricas que cuantos nos hemos ocupado de estos temas nos limitamos a dar (97). Y esta segunda línea de in-

(95) Se habla de «costes de oportunidad» para referirse a las utilidades no obtenidas como consecuencia de la decisión tomada.

(96) Vid. entre otros, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972; MARX, *Zur Definition des Begriffes «Rechtsgut»*, 1972; HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973; CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974; POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en Derecho Penal*, 1974; CUELLO CONTRERAS, «Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho Penal», *ADPCP* 1981, pp. 461 ss.; HORMAZÁBAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, 1991.

(97) Decía, muy expresivamente, SILVA SÁNCHEZ, en una intervención oral durante el Coloquio sobre «La Política Criminal y el sistema del Derecho Penal» (Barcelona, 18 de junio de 1994), que los penalistas hemos sido capaces de llegar a un cierto consenso sobre la necesidad de definir los espacios de riesgo permitido, pero que no somos capaces de ir más allá, y de definirlos efectivamente. Este humilde reconocimiento de nuestras limitaciones debería ser la base de nuevas investigaciones al respecto.

vestigación habrá de ser, a mi entender, necesariamente interdisciplinar. Pues, en efecto, desde la pura perspectiva dogmática es imposible aportar otra cosa que no sea una valoración de las alternativas que se enjuician; pero, para llegar a dicha valoración, será siempre necesario el análisis previo de las alternativas posibles y de sus implicaciones (sociales, económicas, etc.), estudio éste que supera al propiamente jurídico.

2. Para acabar, permítaseme apuntar la siguiente opinión: la práctica de nuestros tribunales penales en materia de imprudencia ha venido estando hasta muy recientemente viciada (además de por una muy notable falta de sistemática), por una escasa atención a esa función de «gestión del riesgo permitido» de la que hablaba en un principio (98). De este modo, el sentido de las decisiones judiciales al respecto ha tenido más que ver con la brillantez de las argumentaciones de las partes y con el grado de presión social sentida por los juzgadores, que con auténticos criterios de eficiencia social (99).

En los últimos años, por contra, tanto jueces como abogados recurren cada vez más al tópico del «riesgo permitido» en sus argumentaciones (100). No obstante, dada la falta de criterios claros en la jurisprudencia al respecto, existe el peligro de que dicho tópico (101) se convierta en un mero pretexto para introducir en el proceso penal factores psicológicos, sociológicos o de negociación no contemplados por las leyes, que despenalicen las conductas de manera arbitraria y, probablemente, injusta y discriminatoria (102). Urge por ello comenzar a introducir racionalidad en este tema.

En este contexto, criterios como aquél de la jurisprudencia norteamericana conocido bajo el nombre de «fórmula de Hand» (el reo responderá por imprudencia en los casos en los que el daño causado por el accidente, multiplicado por la probabilidad del mismo, supere el coste de

(98) *Vid.* las numerosas referencias recogidas al respecto en PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 4.

(99) En efecto, como en otro lugar he señalado (PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 4, núm. 1), la jurisprudencia española –como todas– ha operado siempre con ciertos criterios acerca de lo que debía ser considerado riesgo permitido, aunque no lo denominase así. Lo que ha ocurrido es que dichos criterios eran, primero, asistemáticos y, segundo, harto discutibles.

(100) *Vid.*, por ejemplo, la SAP-Valencia 23-10-1990 (*APen* 1990, núm. A-313); o la STS 23-4-1992 (A. 6783).

(101) Sobre el concepto de «riesgo permitido» como tópico de la argumentación jurídica, *vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 12-IV.

(102) Es decir, que el tópico del «riesgo permitido» sucumba a las amenazas que para la seguridad jurídica representa siempre este tipo de instrumentos argumentativos: *vid.*, al respecto, BOTKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre von strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten*, 1979, p. 102; GARCÍA AMADO, *Teorías de la tónica jurídica*, 1988, pp. 255 ss.

las medidas de protección a adoptar por la víctima potencial para evitar dicho daño) (103), con todos sus problemas y con las limitaciones que su aplicación habría de tener en el ámbito penal (señaladamente, las ya vistas respecto a la obligada exigencia de un núcleo intangible de protección tanto del bien jurídico como de los derechos fundamentales en juego, así como las derivadas de otros principios limitadores del *ius puniendi* estatal), deberían empezar a ser considerados muy en serio por teóricos y prácticos de nuestro Derecho Penal (especialmente en el caso de los delitos imprudentes y de omisión y muy especialmente para aquellos grupos de delitos que se produzcan en ámbitos de actividades regulados por la economía monetaria), al menos como punto de partida de sus discusiones. A partir de ahí son posibles cuantas revisiones y matizaciones se consideren necesarias. Pero, si seguimos pretendiendo ignorar el aspecto utilitario (104) e instrumental de las normas penales y su relación con la asignación eficiente de los recursos sociales, corremos el riesgo, cada vez mayor, de que sólo lo perciban y lo utilicen los de siempre: o sea, los más fuertes (105).

(103) *Vid.*, al respecto, POSNER, *Economic Analysis*, 1977, pp. 122-123.

(104) POSNER, *Justice*, 1983, pp. 60 ss., intenta marcar las diferencias entre el utilitarismo y el análisis económico del Derecho. No obstante, y aun aceptando sus matizaciones (en suma: primero, que el utilitarismo se mueve casi exclusivamente en el plano del lenguaje prescriptivo –de la valoración de la realidad y de formulación de propuestas de reforma de la misma–, mientras que el análisis económico del Derecho posee un amplio bagaje descriptivo acerca del funcionamiento de esa realidad; y segundo, que no todo argumento utilitario es económicamente aceptable), lo cierto es que esta perspectiva metodológica entronca con la tradición filosófica utilitaria, segregando aquella parte de la misma más aceptable desde el punto de vista científico (en los términos de POPPER, *La lógica de la investigación científica* (trad. de V. SÁNCHEZ DE ZAVALA), 1962, pp. 33-38, 39-42: lo científico como conocimiento contrastable, falsable): *vid.*, en el mismo sentido, CASALMIGLIA, *RCEC* 1 (1988), p. 306. Aunque, desde luego, sea posible –como aquí se propone y en muchas ocasiones se ha hecho ya– utilizar el instrumental analítico propio de esta tradición sin aceptar por ello automáticamente las valoraciones y propuestas que el utilitarismo ensaya.

(105) RENNER, *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*, 1981, pp. 241-242.

El conflicto intimidad/información: Un análisis jurisprudencial

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular interina EU de Derecho Penal
Universidad de Alcalá de Henares

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 18.1 de la Constitución reconoce, por primera vez agrupados, diversos bienes objeto de protección jurídica: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». Adquieren así la categoría de derechos fundamentales los denominados tradicionalmente «derechos de la personalidad.»

La redacción de este precepto ha suscitado la discusión doctrinal en torno a saber si nos encontramos ante un único derecho con diversas manifestaciones, o si se trata de una pluralidad de derechos (1).

(1) Así, afirma la existencia de un único derecho en el artículo 18.1 CE, PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984, pp. 331-333; En cambio, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: «El derecho a la intimidad», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, 1993, p. 39, entiende que «una interpretación atenta de la Constitución debe conducir a la conclusión de que no existe un derecho único en el artículo 18.1, sino tres figuras distintas, entre las que el derecho a la intimidad formulado genéricamente destaca claramente frente a los demás». Considerando BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Protección del honor y de la intimidad», en *Comentarios a la Legislación Penal*, Dir. por COBO DEL ROSAL, M., t. I. *Derecho Penal y Constitución*, Madrid, 1982, p. 98, que «el artículo 18 gira alrededor de la protección de dos bienes jurídicos: la intimidad y el honor». En el mismo sentido, ROMERO COLOMA, A. M.: *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Barcelona, 1991, p. 48.

Alzaga (2) justifica su tratamiento en un solo precepto en atención a que el bien jurídico protegido, en última instancia, es la intimidad de la persona, que es, a la vez, corolario de su dignidad, proclamada en el artículo 10 de la norma fundamental (3). Así, se coincide en que el fundamento común de los derechos recogidos en el artículo 18 CE no es otro que el principio de dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad (4).

No obstante, y pese a que también la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, les conceda una protección unitaria (5), debe estimarse que nos encontramos ante derechos absolutamente autónomos, pero con el grado suficiente de conexión entre sí como para que hayan merecido, por parte del legislador, un tratamiento conjunto (6).

(2) ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978, p. 207. En el mismo sentido, GARCÍA VITORIA, A.: *El derecho a la intimidad en el Derecho penal y en la Constitución Española de 1978*, Pamplona, 1983, p. 137; y GALLARDO RUEDA, A.: «Tutela pena del derecho a la intimidad», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 52, 1994, p. 127.

(3) Art. 10 CE: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

(4) CARRILLO, M.: *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*, Barcelona, 1987, pp. 34-35; SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Sistema político de la Constitución Española*, Madrid, 1981, p. 106; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema constitucional español*, Madrid, 1992, pp. 217 ss. RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, 1995, p. 128. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que «los derechos reconocidos en el artículo 18 de la CE, aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda alguna de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE» (*Vid.*, entre otras, SSTC 231/1988, de 2 de diciembre; 37/1989, de 15 de febrero; 214/1992, de 11 de noviembre; 142/1993, de 22 de abril, y 57/1994, de 28 de febrero).

(5) De ahí que, según PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho... ob. cit.* p. 331, esta Ley, que viene a desarrollar el artículo 18 de la CE, «reitera su positividad como único derecho que engloba una pluralidad de manifestaciones o modalidades». En cambio, para O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991, p. 96, «está superada la teoría de que hay un solo derecho de la personalidad que tiene manifestaciones múltiples y entre ellas el honor, la imagen y la intimidad». En el mismo sentido, LÓPEZ DÍAZ, E.: *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*, Madrid, 1996, pp. 28-29.

(6) En este sentido, el Tribunal Supremo, en relación con la citada Ley Orgánica 1/1982, ha dejado claro que «son tres los que en el mismo (art. 2.1) aparecen: el honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen, derechos estos entre los que si bien existen indudables conexiones y acaso, en ciertos momentos, interferencias, son distintos cual revela la dicción del citado precepto» (STS de 23 de marzo de 1987).

Así, pese a reconocerse la estrecha relación entre los citados derechos de la personalidad (7), se establece una clara distinción entre el derecho al honor y el derecho a la intimidad, señalándose al respecto que «se trata de derechos próximos, pero no coincidentes» (8), sin que haya que confundirlos, pues su contenido es diverso (9).

No ocurre, en cambio, lo mismo respecto al derecho a la propia imagen, cuya independencia se cuestiona (10), y a pesar de su reconocimiento explícito, tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica 1/1982, suele estimarse como una manifestación concreta del derecho a la intimidad (11). Sin embargo, como acertadamente ha señalado Herrero Tejedor (12), «si bien el derecho a la propia imagen puede presentar

(7) En este sentido, como ha manifestado MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1984, p. 136, «la puesta en relación de la intimidad con el bien jurídico honor se hace ineludible dada la textura común a ambos valores. Se trata de dos derechos personalísimos, que se hallan en gran medida condicionados por factores culturales y sociopolíticos. La común relatividad que presentan hace difícil la fijación de criterios diferenciales entre uno y otro».

(8) CARMONA SALGADO, C.: «La intimidad como bien jurídico protegido, a propósito de la reforma penal sobre secreto de las comunicaciones, de 23 de diciembre de 1984», en *Comentarios a la Legislación Penal*, Dir. por COBO DEL ROSAL, M., t. XVII, *Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores*, Madrid, 1996, p. 274; Vid. también su trabajo «Delitos contra los derechos de la personalidad: honor, intimidad e imagen», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 56, 1995, p. 417; ROMERO COLOMA, A. M.: *Los derechos al honor y a la intimidad... ob. cit.*, p. 50.

(9) En este sentido, como señala GÓMEZ PAVÓN, P.: *La intimidad como objeto de protección penal*, Madrid, 1989, pp. 22-25, «a pesar de que algunos ataques al honor lo sean a la intimidad y a la inversa, no toda expresión injuriosa tiene que significar una lesión del ámbito propio de ésta». De modo que, para esta autora, «el honor no tiene que resultar equivalente a la intimidad, aunque puedan coincidir en algunos aspectos». Asimismo, MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad... ob. cit.*, pp. 141-144, tras señalar una serie de criterios diferenciales que constatan la autonomía entre los citados derechos fundamentales, advierte que «tales criterios no obstan para que, con frecuencia, se establezcan puntos de intersección entre ambos derechos, de forma que el ataque a la intimidad constituya el medio para menoscabar la honorabilidad de las personas».

(10) Sobre esta polémica, ampliamente, vid. RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional... ob. cit.*, pp. 108-112.

(11) En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Protección del honor...» *ob. cit.*, pp. 104-105; GARCÍA VITORIA, A.: *El derecho a la intimidad... ob. cit.*, pp. 36-37; SEMPERE RODRÍGUEZ, P.: «Art. 18. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen», en *Comentarios a las Leyes Políticas*, Dir. por ALZAGA VILLAAMIL, O., *Constitución Española de 1978*, t. II, Madrid, 1984, p. 433; VIDAL MARTÍNEZ, J.: «Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar», en *Revista General de Derecho*, Valencia, 1980, pp. 1052-1057.

(12) HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 2.^a ed., 1994, p. 100. En parecidos términos, CARRILLO LÓPEZ, M.: «El derecho a la propia imagen del artículo 18.1 CE», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, 1993, p. 71, manifiesta que «la intromisión en el derecho

concomitancias con el honor y la intimidad, en realidad se trata de un derecho autónomo y diferenciado de los demás, que en muchos supuestos es objeto de intromisiones ilegítimas que en nada vulneran el honor o la intimidad, lo que confirma su condición de valor independiente».

De este modo, la interrelación existente entre todos ellos, justifica que, en la práctica, sea frecuente la formulación de demandas de amparo de los tres derechos, aún cuando la agresión sea claramente lesiva de uno de ellos, sin perjuicio de verse afectados alguno de los restantes.

Tras la aprobación de la Constitución, se pusieron de manifiesto las insuficiencias de que adolecía la regulación jurídica vigente en materia de tutela de los derechos garantizados en el artículo 18.1 CE (13), y para tratar de subsanarlas, se aprueba la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, «frente a todo género de intromisiones ilegítimas» (tal y como dispone su art. 1.º).

Siendo la intromisión ilegítima el eje sobre el cual gira la responsabilidad derivada de la presente Ley (14), el elemento predominante del acto ilícito civil pasa a ser la antijuridicidad. Así, la intromisión será ilegítima en la medida en que sea contraria a derecho. Por ello se estima,

a la propia imagen es, en sí mismo, un hecho que justifica la protección constitucional. Sin embargo, ello no es óbice para que en la mayoría de ocasiones la acción lesiva tenga un efecto multiplicador que afecte al honor y/o a la intimidad de la persona».

(13) Con anterioridad a la aprobación de esta Ley, en el ámbito civil, para la defensa de estos derechos se acudía a la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, que dispensaba una protección traducida en la obligación de reparar el daño moral causado por ataques a la dignidad de las personas. Esta vía, quedó abierta a partir de la STS (S. 1.º) de 6 de diciembre de 1912, (conocida como el caso del Fraile de Totana) que admitió por vez primera la indemnización por daños morales en el honor de una mujer, producidos a través de una noticia difamatoria publicada en el diario *El Liberal* de Madrid. En este caso, el Tribunal Supremo concretó que para reparar el daño inmaterial se haría a través de una indemnización pecuniaria que, «si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, es al fin, la que más se aproxima a la estimación de los daños morales que llevan consigo otros daños materiales y sociales».

(14) Así, como establece su Exposición de Motivos, «la definición de las intromisiones o injerencias ilegítimas en el ámbito protegido se lleva a cabo en los artículos 7 y 8 de la Ley. El primero de ellos recoge, en términos de razonable amplitud, diversos supuestos de intromisión o injerencia que pueden darse en la vida real y coinciden con los previstos en las legislaciones protectoras existentes en otros países de desarrollo social y tecnológico igual o superior al nuestro. No obstante, existen casos en que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los indicados en el artículo 8 de la Ley».

con razón, que la técnica seguida por la Ley Orgánica 1/1982 es cuasi penal, llegándose a hablar de «ilícito civil tipificado» (15).

Se crea, así, una segunda vía de protección civil de los citados derechos fundamentales, subsidiaria de la penal, que complementa ésta y que, al mismo tiempo, como ha señalado García Pablos (16), «la delimita y circunscribe», ya que «como no puede ser penalmente ilícito, lo que civilmente es lícito, las circunstancias que, por ejemplo, legitiman una intromisión en el ámbito del honor y la intimidad con arreglo al artículo 8 de la ley civil de 5 de mayo de 1982, neutralizan necesariamente la aplicación de los correlativos tipos penales, aunque éstos, menos precisos y previsores, no contemplen las mismas».

En lo que respecta a la protección penal de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE, si bien los delitos contra el honor han sido figuras delictivas tradicionales, sancionándose los ataques más graves contra el mismo (17), el derecho a la intimidad, pese a reconocerse como una condición imprescindible para el armónico ejercicio y desarrollo de la personalidad del individuo, ha sido, hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, objeto de una protección fragmentaria e incompleta, siendo numerosas las críticas doctrinales que venían reclamando una tutela global y sistemática del citado derecho (18).

(15) HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad... ob. cit.*, p. 188. En parecidos términos, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «Intromisión ilegítima, antijuridicidad, culpabilidad, daño y su resarcimiento. Los sujetos activo y pasivo», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, 1993, p. 216, señala que «en buena medida estamos en presencia de lo que podríamos llamar una antijuridicidad tipificada, dentro del marco general de la responsabilidad».

(16) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «El derecho penal como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y la intimidad», en sus *Estudios Penales*, Barcelona, 1984, p. 401. En parecidos términos, para LUZÓN PEÑA, D. M.: «Protección penal de la intimidad y derecho a la información», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo I, enero-abril, 1988, p. 65, «tales causas de justificación, legalmente reguladas, no sólo operan frente al ilícito civil, sino también frente a aquellas conductas que actualmente puedan constituir ilícitos penales... Pero también operarían como causas de justificación en los delitos contra la intimidad visual y de la imagen que, siguiendo el modelo de Derecho comparado o las propuestas de nuestros Proyectos de CP, pudieran crearse en el futuro».

(17) Para un estudio completo de la protección jurídico-penal de este derecho, *vid.*, BERNAL DEL CASTILLO, J.: *Honor, verdad e información*, Oviedo, 1994, y bibliografía allí citada.

(18) Así, por ejemplo, para GÓMEZ PAVÓN, P.: *La intimidad como objeto de protección... ob. cit.*, p. 100, «la regulación penal española resulta en este tema desfasada, ineficaz e insuficiente. No recoge los supuestos más problemáticos en la actualidad y, además, la protección de la intimidad se encuentra dispersa en el Código»; Asimismo, para LUZÓN PEÑA, D. M.: «Protección penal de la intimidad...», *ob. cit.*,

Careciendo, el derecho a la propia imagen, de toda protección penal (19).

En cambio, el nuevo texto punitivo configura el derecho a la intimidad como un bien jurídico merecedor de protección, dedicándole un tratamiento autónomo y específico frente al honor, a través del título X rubricado «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», cuyo contenido viene a reforzar la protección de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.1 CE (especialmente la intimidad y la propia imagen).

La nueva regulación de estos delitos ha sido, en términos globales, acogida favorablemente por la doctrina mayoritaria, por cuanto otorga un tratamiento jurídico unitario a la protección de tales bienes jurídicos, amplía la tutela penal a supuestos que anteriormente carecían de ella, incorpora una mayor proporcionalidad y coordinación penológica entre los diversos tipos delictivos, subsana lagunas históricas padecidas por la legislación española y suprime preceptos del anterior Código Penal que resultaban innecesarios, obsoletos o asistemáticos (20). No obstante, para

p. 58, «el Código Penal español está a mitad de camino de lo que puede ser una protección penal completa de los diversos aspectos de la intimidad, según el modelo extendido en las modernas legislaciones europeas». En parecidos términos, ROMEO CASABONA, C. M.: *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid, 1987, p. 24, ha afirmado que «un breve examen de la protección penal de la intimidad en nuestro Derecho revela que aquélla responde a concepciones ya superadas y parcelarias, que resulta insuficiente y, por tanto, insatisfactoria, y mucho más si la vulneración se produce por medios informáticos». Sosteniendo MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad... ob. cit.*, p. 294, que «la introducción de una nueva tutela penal de la intimidad debe enmarcarse en el contexto de una reordenación global de los bienes jurídicos a proteger por el derecho penal, que acomode su selección y jerarquía a la escala de valores contenida en el texto constitucional de 1978».

(19) Si bien algunos autores, en virtud del principio de subsidiariedad, estiman que no es necesaria en el caso de defensa de la propia imagen la intervención del Derecho Penal, por tutelarse ya con creces en el ámbito civil a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, así, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Protección...» *ob. cit.*, p. 118; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «El derecho penal como límite...», *ob. cit.*, p. 393; CARMONA SALGADO, C.: «La intimidad como bien jurídico...» *ob. cit.*, p. 16. En cambio, con mejor criterio, LUZÓN PEÑA, D. M.: «Protección penal...» *ob. cit.*, p. 59, estima que «la protección penal debe extenderse también a este ámbito: por la importancia que hoy cabe atribuir a ese bien jurídico para el libre y pacífico desenvolvimiento de la personalidad, por la creciente indefensión de tal bien jurídico frente a los medios técnicos de intromisión en el mismo, y por la necesidad que por ello hay de recurrir al valor simbólico de esa importancia que supone la sanción penal».

(20) LOZANO MIRALLES, J.: en VV. AA. *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Dir. por BAJO FERNÁNDEZ, M., vol. II, Madrid, 1998, pp. 193-238; MORALES PRATS, F.: en VV. AA. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Dir. por QUINTERO OLIVARES, G., Pamplona, 1996, pp. 293-350; CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: en VV. AA., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.^a ed. revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995, Valencia, 1996, pp. 253-272;

Muñoz Conde (21), la reforma operada es «en su afán por dotar a la intimidad de una protección superior a la que le brindaba el Código penal anterior, casuística y excesivamente prolija».

Asimismo, en el ámbito administrativo, y en cumplimiento del mandato constitucional de limitar por Ley el uso de la informática, se aprueba la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD), incorporando una serie de garantías específicas frente a un uso potencialmente invasor de la vida privada, así como reconociendo facultades de control a los ciudadanos en relación a sus datos personales (22).

De este modo, se pone de relieve la importancia que actualmente cobra el derecho a la intimidad, como manifestación de una de las necesidades más vitales de la libertad individual, estrechamente vinculado a la dignidad de la persona, y su necesidad de protección por el ordenamiento jurídico.

Si bien, el derecho a la intimidad, como el resto de los derechos fundamentales, no es absoluto ni ilimitado. Así, es frecuente que se produzcan injerencias en la vida privada a través del ejercicio de la libertad de información, surgiendo un conflicto de derechos que ponen de manifiesto la necesidad de establecer sus límites y determinar, en su caso, qué derecho resulta preferente. Tal y como ha manifestado García-Pablos, «el problema de los derechos y libertades es el problema de sus límites» (23).

Y es que la Constitución, en su artículo 20.1, reconoce los derechos a «la libertad de expresión» y «a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión», si bien, en su apartado 4, establece que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconoci-

COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A.: en VV. AA., *Derecho Penal. Parte Especial II*. Madrid, 1997, pp. 27-44; POLAINO NAVARRETE, M.: en VV. AA., *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, I, Dir. por COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 1996, pp. 395-460.

(21) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª ed., revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Valencia, 1996, p. 217.

(22) Sobre el problema de las relaciones entre el derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías de la información, *Vid.*, entre otros, DE MIGUEL CASTAÑO, A.: «Derecho a la intimidad frente al derecho a la información. El ordenador y las Leyes de protección de datos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, abril-1983, pp. 319-383; MADRID CONESA, F.: *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Valencia, 1984; GAY FUENTES, C.: *Intimidad y tratamiento de datos en las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995; ESTADELLA YUSTE, O.: *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Madrid, 1995.

(23) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «El Derecho penal como límite...» *ob. cit.*, p. 375.

dos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

II. ALCANCE Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD. SU CONFLICTO CON LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Partiendo del concepto de intimidad, ofrecido por el profesor Bajo Fernández (24), como «el ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad» (25), y añadiendo que se trata del vértice más noble de nuestra libertad, uno de los principales problemas que se nos presenta es determinar qué ámbito material está cubierto por el derecho a la intimidad (26).

El debate, doctrinal y jurisprudencial, se centra en delimitar qué aspectos reservados de la existencia se encuentran bajo el manto de la intimidad, pues, como ha indicado el Tribunal Supremo (27), «el patrimonio que comprende la intimidad es extremadamente amplio y variado, sin que puedan sentarse reglas generales ni catálogos enunciativos de la misma». A su vez, como ha señalado García-Pablos, «se trata de un cam-

(24) BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Protección del honor... » *ob. cit.*, p. 101.

(25) Desde que WARREN y BRANDEIS, a finales del siglo pasado (1890), haciendo un espléndido alegato en favor de la vida privada, en su célebre artículo «The Right to the Privacy», publicado en la *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, de 15 de diciembre de 1890 (existe edición en castellano a cargo de PENDÁS, B. y BASELGA, P., bajo el título «El derecho a la intimidad», Madrid, 1995) concibieran el derecho a la intimidad como «the right to be let alone», son numerosas las definiciones que en la literatura jurídica se han ofrecido del concepto de intimidad. Así, entre otras, pueden verse las aportadas por IGLESIAS CUBRÍA, M.: *El derecho a la intimidad*, Oviedo, 1970, p. 21; BATLLE SALES, G.: *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Alcoy, 1972, p. 13; URABAYEN, M.: *Vida privada e información. Un conflicto permanente*, Pamplona, 1977, p. 9; FARIÑAS MATONI, L. M.: *El derecho a la intimidad... ob. cit.*, p. 357; GARCÍA VITORIA, A.: *El derecho a la intimidad... ob. cit.*, p. 25; GÓMEZ PAVÓN, P.: *La intimidad como objeto... ob. cit.*, p. 37.

(26) ASÍ, MADRID CONESA, F.: *Derecho a la intimidad... ob. cit.*, p. 38, en relación con las distintas definiciones ofrecidas pone de manifiesto que «la forma literal de las mismas no ha variado mucho a lo largo de los años y, ninguna dice mucho acerca del contenido material del derecho a la intimidad». En esta línea, señala Gómez Pavón, P.: *La intimidad...ob. cit.*, p. 35, que «ninguna de las definiciones aportadas nos ofrece indicaciones sobre el contenido material de la intimidad».

(27) STS (S. 1.ª) de 13 de marzo de 1989. Asimismo, según ha señalado el Tribunal Constitucional, STC 110/84, de 26 de noviembre, «no siempre es fácil acotar con nitidez el contenido de la intimidad».

po pluridimensional y complejo. Tiene variadas formas de manifestación, y es susceptible de las más heterogéneas modalidades ofensivas» (28).

Nos encontramos, pues, ante un bien jurídico susceptible de ser lesionado de múltiples formas y respecto del cual, la vida social moderna va facilitando, cada vez más, la oportunidad de injerencias en la vida privada, ya que, como ha señalado el profesor Luzón Peña (29), «los impresionantes avances de la electrónica, en el campo de lo audiovisual, para su captación, grabación, reproducción o transmisión mediante ingenios cada vez más potentes y eficaces, y de dimensiones cada vez más reducidas y, por tanto, de más fácil manejo, transporte y ocultación, al igual que los progresos, más espectaculares si cabe, de la informática, constituyen medios de intromisión especialmente peligrosos para la intimidad personal y familiar del ciudadano, por poder hallarle totalmente desprevenido e indefenso, al burlar fácilmente las cautelas habituales para preservar la reserva de la palabra, la imagen o los actos y por poder provenir de múltiples direcciones y frentes las formas de intromisión».

No obstante, la mayoría de las intromisiones proceden de los medios de comunicación al dar a conocer a la opinión pública datos, imágenes o hechos que pertenecen, exclusivamente, a la vida privada, sin que exista razón justificativa de su divulgación.

En cualquier caso, llegar a concretar con mayor o menor precisión el contenido del derecho a la intimidad es tarea difícil, si tenemos en cuenta que se trata de un concepto relativo y de gran ambigüedad, sujeto a valoraciones culturales y socio-políticas. No obstante, son numerosos los intentos de la doctrina por establecer los posibles contenidos del derecho a la intimidad (30).

La Jurisprudencia (de las Salas 1.^a y 2.^a del TS y del TC), cumpliendo su tarea de completar el ordenamiento jurídico, ha ido delimitando qué aspectos de la vida privada pertenecen al ámbito del derecho a la intimidad y que otros se excluyen de su protección.

(28) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «El Derecho penal como límite»... *ob. cit.*, p. 338.

(29) LUZÓN PEÑA, D. M.: «Protección penal de la intimidad...» *ob. cit.*, p. 42.

(30) Destacan, en este sentido, la célebre doctrina alemana, denominada «Teoría de las esferas», desarrolladas por HUBBMANN y HENKEL, que si bien puede considerarse mayoritaria, ha sido criticada por algunos autores. Así, por ejemplo MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad...* *ob. cit.*, p. 130-133; MADRID CONESA, F.: *Derecho a la intimidad...* *ob. cit.*, pp. 38-46, y NOVOA MONREAL, E.: *Derecho a la vida privada y libertad de información, un conflicto de derechos*, Mexico, 1979, pp. 47-48. *Vid.* también, entre otros, las interesantes aportaciones a este respecto en HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad...* *ob. cit.*, pp. 81-99; GÓMEZ PAVÓN, P.: *La intimidad...* *ob. cit.*, pp. 38-64; LÓPEZ DÍAZ, E.: *El derecho al honor...* *ob. cit.*, pp. 196-210; RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional...* *ob. cit.*, pp. 76-117.

Así, nuestro más Alto Tribunal ha manifestado, en principio, que «el derecho a la intimidad se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarda una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen» (31).

1. Las informaciones sobre la vida íntima de las personas

– Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de junio de 1990: divulgación en un medio periodístico de datos y motivaciones personales dichos confidencialmente durante un curso terapéutico. Los hechos son los siguientes:

«Esther O. asistió, durante 1986, a un curso de Técnicas de estudio, autoconfianza, memoria y concentración, en el Instituto Pascal, en Madrid. Una de las actividades que tuvieron lugar en el desarrollo del curso fue la exposición, por parte de los alumnos y a preguntas del Director, de cuáles eran los motivos que les había llevado al cursillo. En el caso de Esther O., el motivo que la indujo era el deseo de superar un determinado nerviosismo que le invade al actuar en público y así lo expuso, en un contexto que, dada la naturaleza de las manifestaciones personales que en el mismo se producían, forzosamente hubieran debido tener carácter reservado. En el Diario *El País*, de 18 de marzo de 1986, suplemento de educación, aparece un reportaje que tiene por objeto la promoción de este tipo de cursos y en cuyo texto figura «Esther O., licenciada en Derecho, Penalista y Profesora de Formación Profesional en el Instituto de San Fernando de Henares, acudió a uno de estos cursillos porque, a la hora de defender padecía una gran ansiedad y estaba convencida de que no sería capaz de exponer nada.» Dicho reportaje estaba firmado por Ana. G., que también participaba en el curso mencionado, supuestamente en calidad de alumna, y que aun cuando manifestó su condición de periodista, en ningún momento dio a entender que el objeto de su asistencia era obtener información para utilizarla profesionalmente.»

En relación con estos hechos el Tribunal Supremo manifiesta que «la reconocida prevalencia inicial del derecho a la información frente al de la intimidad, reconocida y reiterada, tanto por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional como por la de esta propia Sala, no quiere decir que

(31) STC 197/1991, de 17 de octubre.

aquel derecho a la información, que, junto con el de libertad de expresión, deben garantizar efectivamente la existencia de una opinión pública libre, no encuentre tope o límite cuando, como en el caso acontece, la intimidad se ve precisamente afectada por el desvelamiento del nombre y apellidos, con sus motivaciones personales, dichas confidencialmente por quien asiste a un curso reservado para personas que tratan de superar ciertas deficiencias o anomalías, que inciden y afectan al ejercicio de su propia profesión, sin que pueda afirmarse que el desvelamiento de aquellas circunstancias o datos personales y reservados sea en rigor materia de divulgación periodística, pues el sentido objetivo y calidad informativa del reportaje no necesitaban en realidad de las precisiones personales que en el presente caso se denuncian y que constituyen cabalmente la intromisión ilegítima en la intimidad de la demandante».

– Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 1993: publicación, en la revista *Cambio 16*, de una información, bajo el titular «El prepucio del marqués», sobre la presentación del libro de Jimmy Giménez Arnau, titulado *Las malas compañías*. En el texto periodístico, al informar sobre la presentación, por el señor G. A., de su libro, se dice lo siguiente:

«Entre otras jugosidades, contó algo que esta en el sumario, pero que no ha sido aireado convenientemente: que el administrador de los Urquijo, Diego M. H., tenía la obligación de lavarle todos los días el prepucio al Señor Marqués, que sufría, en tan delicado sitio, de un herpes pertinaz y molesto. Detalle que los Jueces deberán tener en cuenta a la hora de buscar móviles para el brutal asesinato.»

En su Fundamento de Derecho 2.º, el TS pone de manifiesto lo siguiente: «Es evidente que se están revelando hechos que suponen una grave intromisión en la intimidad del Marqués de Urquijo, y que afectan exclusivamente a su vida privada, sin que exista razón justificativa alguna de la información pública de los mismos, además de que la confusa alusión final a los móviles del asesinato agrava la intromisión, como también el titular de la noticia y la situación que se describe. Ha de concluirse, por tanto, que nos hallamos ante una publicación claramente vejatoria y presentada de forma hiriente, cuya divulgación merece, como es obvio, el reproche jurídico, sin que pueda ampararse en el derecho constitucional a la información, siendo de recordar, a este respecto, que el honor y la intimidad no son únicamente límites a la libertad de expresión, sino derechos fundamentales en sí mismos, y que la libertad de información no tiene carácter absoluto que haya de prevalecer siempre frente a aquéllos, sino que en cada caso concreto hay que establecer una gradua-

ción jerárquica del bien protegible según su importancia, evitando la divulgación de hechos que hagan desmerecer gravemente a otras personas».

– Sentencia del Tribunal Constitucional, 197/1991, de 17 de octubre: reportaje informativo sobre los orígenes de la adopción de un menor. Los hechos que dan origen al recurso son los siguientes:

«El diario *Ya*, en su edición de 31 de agosto de 1985, publicó un artículo periodístico bajo el titular “La madre XX trabajaba en una barra americana” y con un subtítulo en el que se señalaba que “El hijo adoptivo de Sara Montiel fue adquirido en Alicante”. Este artículo fue resultado de una investigación realizada en Murcia y Alicante sobre la existencia de una red de tráfico ilícito de niños, en el curso de la cual va a descubrirse, según declaraciones efectuadas al periodista, por una persona que actuaba de intermediaria en adopciones de menores, que la madre natural del hijo adoptivo de don José Tous y doña Antonia Abad, públicamente conocida como Sara Montiel, era XX, que en aquellos momentos trabajaba en una barra americana, añadiendo que el nacimiento se produjo en Alicante y que ella misma había mediado en la adopción, poniendo en contacto a la madre natural y a la adoptiva. Con anterioridad los padres adoptivos habían convocado a la denominada «prensa del corazón» para relatar las circunstancias que rodearon la adopción de su hijo, a quien habrían adoptado en Santo Domingo, con ocasión de un viaje allí realizado por el matrimonio. Publicado el artículo, los esposos Tous formularon, en nombre propio y de su hijo, demanda de protección al honor y a la intimidad personal y familiar, al amparo de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, contra la editora del Diario *Ya*.»

El Tribunal Constitucional manifiesta que «los hechos relacionados en la noticia publicada, muy en particular el de la identificación de la persona de la madre del hijo adoptado, y su particular profesión, son hechos que, sin dificultad alguna, han de entenderse como relativos a la vida privada de la persona y de la familia. Además, por su concreto contenido, deben considerarse como ofensivos para una persona razonable y de sensibilidad media... No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Ello significa que la noticia, no sólo ha afectado al derecho a la intimidad del menor, sino también al derecho a la intimidad de sus padres adoptivos» (F.J. 3.º).

«En el presente caso, la información cuestionada se refería a la existencia de una adopción y a sus circunstancias, incluida la divulgación del origen del menor, con identificación de su madre natural y de sus características personales y profesionales y no existen elementos que permitan deducir la relevancia pública de todos estos datos». Concluyendo que «en modo alguno puede considerarse como una noticia de interés público, al ser solo un hecho estrictamente personal y privado, incluye en la reserva protegible de la intimidad» (F.J. 4.º).

– Sentencia del Tribunal Constitucional, 20/1992, de 14 de febrero: publicación de datos relativos al padecimiento de una enfermedad. Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

«El diario de información general *Baleares*, publicó en la sección de sucesos de su edición del día 15 de febrero de 1986, un suelto, sin firma, bajo el título “Un arquitecto palmesano con SIDA”, del siguiente tenor literal: “El cuarto caso que se produce en Mallorca del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, lo padece un arquitecto palmesano, quien convivía desde hace algún tiempo con otro compañero de profesión, catalán. Al parecer, el enfermo es L. V., de treinta y nueve años de edad. Los facultativos están efectuando distintas pruebas al compañero de vivienda del enfermo para comprobar si éste también padece el síndrome.”».

El TC advierte como una vez más «se plantea una controversia sobre la delimitación concreta, a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de los derechos que enuncian los artículos 18.1 y 20.1 de la CE, delimitación que, en abstracto, la propia Norma fundamental se ha cuidado de preservar en el número 4 de este último precepto» (F.J. 2.º). Concluyendo que «fue lesionada su intimidad, con claridad plena, porque en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos, reales o supuestos, de su vida privada que afecten a su reputación, según el sentir común, y que sean triviales o indiferentes para el interés público. Ninguna duda hay, en cuanto a lo primero, de que la reputación de las personas fue aquí afectada, bastando, a tal efecto, con remitirse a lo fundamentado al respecto por los órganos jurisdiccionales que resolvieron y que apreciaron, muy razonadamente, que la identificación periodística, indirecta pero inequívoca, de una determinada persona, como afectada por el SIDA, deparaba, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un daño moral a quienes así se vieron señalados como afectados por una enfermedad cuyas causas y vías de propagación han generado y generan una alarma social, con frecuencia acompañada de reacciones tan probables como desgraciadamente reales, de

marginación para muchas de sus víctimas. Y también es notorio, que la identificación de las personas así supuestamente afectadas por tal enfermedad fue, en el sentido más propio de las palabras, irrelevante a efectos de la información que se quiso transmitir, pues, sin ninguna duda hay en orden a la conveniencia de que la comunidad sea informada sobre el origen y la evolución, en todos los órdenes, de un determinado mal, no cabe decir lo mismo en cuanto a la individualización, directa o indirecta, de quienes lo padecen, en tanto ellos mismos no hayan permitido o facilitado tal conocimiento general. Tal información no es ya de interés público, y no lo fue aquí, con la consecuencia clara de que su difusión comportó un daño o, cuando menos, una perturbación injustificada por carente, en rigor, de todo sentido. La intimidad personal y familiar es, en suma, un bien que tiene la condición de derecho fundamental, y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la Norma fundamental en su artículo 10.1» (F.J. 3.º).

Esta Sentencia, en opinión de Lasarte Álvarez, resulta «bastante clarificadora respecto a la tensión o confrontación existente entre la libertad informativa y el derecho a la intimidad, pues permite despejar dudas respecto a la prevalencia de la libertad de información, con carácter general, sobre la integridad moral de las personas»; concluyendo que «sostiene una buena línea interpretativa, que realza la primacía constitucional de la intimidad frente a la libertad informativa».

2. Las comunicaciones telefónicas

Las escuchas y otras formas de intervención de las conversaciones, además de menoscabar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), representan un atentado grave a la vida privada. La confidencialidad de las comunicaciones telefónicas es una consecuencia del derecho a la intimidad y constituye un soporte fundamental para el ejercicio de la libertad individual en la esfera reservada de las relaciones humanas.

Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo (Sala 2.ª), Auto de 18 de junio de 1992, al manifestar que «tal vez, dentro de las invasiones al derecho a la reserva de nuestras vidas, la interceptación telefónica sea una de las injerencias más graves a la intimidad de la persona. La entrada y registro de un domicilio también lo es, pero en la correspondiente diligencia está o puede estar presente el interesado. A través del teléfono, libre de toda sospecha, se pueden decir cosas que afecten muy gravemente, en el terreno de la intimidad, a la persona cuya conversación se interviene».

Donde con mayor extensión ha tratado el Tribunal Constitucional el tema del secreto de las comunicaciones ha sido en la Sentencia

114/1984, de 29 de noviembre, poniendo de manifiesto lo siguiente: «rectamente entendido, el derecho fundamental del artículo 18.3 de la CE consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así —a través de la imposición de todos del secreto— la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje —con conocimiento o no del mismo— o captación, de otra forma, del proceso de comunicación), como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de correspondencia ajena guardada por su destinatario, p. e.). Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente, a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado» (F.J. 7.º).

En realidad, lo que realmente preocupa al Tribunal Constitucional son los resultados prácticos a los que se llegaría si el deber de secreto se impusiera indiscriminadamente, incluyendo a los participantes del diálogo. Resultados irrazonables y contradictorios que, en opinión de los Magistrados, terminarían por vaciar de sentido e, incluso, el alcance normativo del artículo 18.1, es decir, la protección a la esfera íntima personal. Resultados no deseados que se plasmarían en este supuesto, en el que se grabó la conversación telefónica, pero no se divulgó su contenido.

Así, su fallo se articula en la siguiente línea de argumentación: primero, no hubo infracción del artículo 18.3, porque, aunque la registrase fonográficamente, no era un tercero ajeno a la misma y, por lo tanto, no hubo conculcación del sentido formal del secreto. Segundo, tampoco hubo infracción del artículo 18.1, porque no se dio publicidad a la grabación y, en consecuencia, no se vulneró la dimensión material del derecho a la intimidad; sólo el hecho mismo de la difusión implicaría una contravención constitucional de la intimidad. Y, tercero, no puede considerarse un atentado contra el secreto de las comunicaciones, ni contra el derecho a la intimidad, el mero acto de grabar la conversación sin emplear la cinta, porque la relación entre el artículo 18.3 y el 18.1 no admite una interpretación de ambos tan absoluta que obligue a un silencio total a los interlocutores de una conversación.

3. Los datos bancarios

Se ha planteado el problema de si los datos relativos a la situación económica de una persona entran dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad y, concretamente, si frente a las obligaciones fiscales, el conocimiento de los mismos por la Administración tributaria no supone una intromisión ilegítima.

Si bien es cierto que, en ocasiones, «la intimidad ha sido esgrimida con intención conservadora para no proporcionar a los poderes públicos informaciones personales y económicas con el propósito de eludir la presión fiscal» (32), también lo es que, como bien ha señalado Bajo, «una desprotección absoluta de la intimidad en este ámbito podría significar abrir una brecha contra el sentido del artículo 18 de la Constitución», de este modo, concluye este autor que «el deber de sinceridad fiscal y el derecho a la intimidad deben mantenerse en equilibrio» (33).

La respuesta nos viene dada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 110/1984, de 26 de noviembre, conocida por la del «secreto bancario» o de las «cuentas corrientes» que, en su momento, suscitó una fuerte polémica (34).

Los hechos se produjeron con ocasión de una inspección tributaria en la que, de acuerdo con una resolución de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria, se investigaron las operaciones activas y pasivas, los movimientos en las cuentas corrientes de una persona, quien decidió impugnarla por considerarla lesiva, entre otras cosas, de su intimidad. El recurrente entendió que la investigación y conocimiento de este tipo de operaciones y sus cuentas bancarias lesionaba su derecho fundamental a la intimidad, por cuanto, de esta forma, se están desvelando datos personales y familiares sin su consentimiento.

El Tribunal Constitucional realiza, al respecto, las siguientes apreciaciones: «... el primer problema es determinar en qué medida entran

(32) PÉREZ LUÑO, A. E.: «La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 9, mayo-junio, 1979, p. 67.

(33) BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Protección del honor...» *ob. cit.*, p. 102.

(34) *Vid.* los interesantes comentarios a esta Sentencia realizados por NOGUEROLES PEIRÓ, N.: «La intimidad económica en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 52, octubre-diciembre, 1986, pp. 559-584; y SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Sobre derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones inenunciabiles», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, septiembre-diciembre, 1985, pp. 159-180.

dentro de la intimidad, constitucionalmente protegida, los datos relativos a la situación económica de una persona y sus vicisitudes» (F.J. 3.º).

Primer problema que, tras una disgresión sobre la existencia de un sistema tributario y de la actividad inspectora y comprobatoria, desglosa en dos: «...en qué medida el conocimiento de las cuentas bancarias por la Administración, a efectos fiscales, debe entenderse comprendido en la zona de la intimidad constitucionalmente protegida; y otra cuestión consistente en determinar en qué medida, y aunque aquel conocimiento no esté protegido por el derecho a la intimidad, se puede, a través de la investigación fiscal, conocer hechos pertenecientes a la esfera de la estricta vida personal y familiar» (F.J. 4.º).

A la primera cuestión el TC responde con un no rotundo, pues, «aun admitiendo como hipótesis que el movimiento de las cuentas bancarias esté cubierto por el derecho a la intimidad, nos encontraríamos que ante el Fisco operaría un límite justificado de ese derecho». Y, recordando que, según tiene declarado, «todo derecho tiene sus límites», justifica la actuación inspectora, ya que «... el conocimiento de las cuentas corrientes puede ser necesario para proteger el bien constitucionalmente protegido, que es la distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos, pues para una verificación de los ingresos del contribuyente y de su situación patrimonial, puede no ser suficiente, en ocasiones, la exhibición de los saldos medios anuales y de los saldos a 31 de diciembre» (F.J. 5.º).

En este mismo Fundamento Jurídico (5.º), señala que dicho conocimiento no significa, de hecho, una intromisión en la esfera privada. «Estos datos en sí no tienen relevancia para la intimidad personal y familiar del contribuyente, como no la tiene la declaración sobre la renta o sobre el patrimonio. El recurrente parece insistir especialmente en la gravedad de que la investigación de las cuentas comprenda las operaciones pasivas, pues a nadie la importa en qué gasta cada cual su dinero. Pero el conocimiento de una cuenta corriente no puede darse si no se contempla en toda su integridad. Las operaciones pasivas pueden ser también reveladoras de una anómala conducta fiscal».

Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, el TC manifiesta lo siguiente: «en realidad, el recurrente insiste más bien en la segunda cuestión: la posibilidad de que a través de la investigación de las cuentas se penetre en la zona más estricta de la vida privada, ya que en nuestra sociedad, una cuenta corriente puede constituir la «biografía personal en números» del contribuyente» (...) «No se rechaza tanto la simple exhibición de las certificaciones como la posible petición de justificación de las operaciones» (F.J. 6.º).

«Es posible que la actuación inspectora pueda, en alguna ocasión, a través de la investigación de documentos o antecedentes relativos a los movimientos de las cuentas bancarias, interferirse en aspectos concretos del derecho a la intimidad. Pero, como ya se ha advertido, este derecho, al igual que los demás, tiene sus límites que, en este caso, vienen mar-

cados por el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas» (F.J. 7.º).

El Tribunal termina su argumentación, en palabras de Martínez de Pisón (35), «con un sabor agridulce, derramando un poco de ácido irónico sobre el recurrente, cuando reconoce la posibilidad de que un funcionario se extralimite con una actuación no justificada por la inspección». Lo cual no es, precisamente muy esperanzador, pues dice: «...en tales casos, si llegasen a producirse, el contribuyente no está indefenso. Para su defensa existen los medios establecidos por las leyes, como lo demuestra claramente el presente caso en que la Resolución impugnada ha pasado por el triple tamiz de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo y de este Tribunal Constitucional» (F.J. 9.º).

4. Reproducción de fotografías o imágenes no consentidas

El derecho a la propia imagen es, junto al honor y la intimidad, un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Por tanto, como ya expusimos con anterioridad, estamos ante un derecho específico e independiente de otros derechos de la personalidad. Si bien es cierto que, en ocasiones a través del uso indebido de la imagen de una persona se puede producir una violación de su ámbito íntimo, no siempre se produce dicha afección, siendo errónea la asimilación entre ambos derechos.

De lo que no hay duda es de la importancia que actualmente tiene este derecho y de su necesaria protección. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional, STC 170/1987, de 30 de octubre, al señalar que «los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el artículo 18.1 CE, forman parte de los bienes de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto».

En cuanto al concepto de imagen, para Gritama (36) constituye «un derecho innato de la persona, derecho que se concreta en la reproducción o representación de la figura de ésta, de forma visible y reconocible», advirtiendo que sólo entendiendo la imagen de esta forma y no como la misma figura en sí, es posible hablar de un derecho a la propia imagen.

(35) MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.: *El derecho a la intimidad en la Jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1993, p. 181.

(36) GRITAMA GONZÁLEZ, M.: voz «Imagen (derecho a la propia)», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XI, Barcelona, 1962, p. 326.

Y en lo que respecta a su contenido, señala Royo Jara (37) que «se integra por una serie de facultades que se le confieren a la persona en virtud de este derecho, entre cuyas prerrogativas destaca por encima de las demás, la facultad de exclusión *erga omnes*».

El Tribunal Supremo (Sala 1.^a) (38), ha conceptualizado la imagen como «la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico de reproducción», definiendo el derecho en cuestión como «la facultad exclusiva del interesado a difundirla o publicarla y a evitar su reproducción».

De la anterior definición se deduce la doble dimensión que posee este derecho. En primer lugar, la dimensión positiva que faculta al titular de la imagen a que la misma sea reproducida y publicada y, en segundo lugar, la dimensión negativa, en el sentido de oponerse a su difusión o publicación por un tercero sin su consentimiento. Se trata, por tanto, en palabras de Carrillo López (39), «de poner de relieve la libre disponibilidad del titular del derecho para determinar el flujo de información gráfica que se vierte sobre su imagen física, impidiendo su reproducción cuando así lo considere oportuno».

Un criterio tenido en cuenta en la protección de este derecho, recogido en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, es el de atender «al ámbito que por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia» (art. 2.2). Este aspecto es tenido en cuenta por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de marzo de 1987, Sala de lo Civil, siendo los hechos que dan lugar a la misma los siguientes:

«El Semanario *Interviú* anuncia en su portada, en caracteres bien visibles, “Silvia Munt desnuda al sol” y en páginas centrales, bajo la leyenda de “protagonistas del verano”, publica tres fotografías, tomadas con teleobjetivo, y en las que la actora aparece vestida sólo con la pieza inferior de su traje de baño, en una playa poco concurrida de Menorca».

En su Fundamento de Derecho 3.º, el Tribunal Supremo establece que «la esfera de la intimidad personal y familiar y el uso de la imagen está determinada, de manera decisiva, por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona, según sus actos propios, mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. Partiendo de esta premisa, bueno será recordar

(37) ROYO JARA, J.: *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid, 1987, p. 81.

(38) Entre otras, SSTS de 29 de marzo y 11 de abril de 1987; SSTS de 9 de febrero y 11 de abril de 1989.

(39) CARRILLO LÓPEZ, M.: «El derecho a la propia imagen...» *ob. cit.*, p. 75.

que los juzgadores de instancia, tras destacar que no hubo consentimiento en la obtención de las imágenes y que éstas se lograron mediante la técnica del teleobjetivo y sin que pudiera apercibirse la persona fotografiada, enjuician las llamadas pautas de comportamiento y que, en apretado resumen, destacan que se trata de una artista profesional, que busca un lugar de playa escogido y poco concurrido de gente, alejado de los núcleos de población, con lo que claramente se destaca que las pautas de comportamiento de la actora están proyectadas a la búsqueda de salvaguardar su intimidad y su propia imagen, sin que sea lícito vulnerar este derecho subrepticamente, bajo los dictados de una corriente permisiva a la que la actora se mostró reacia, rehuyendo la publicidad y sin que el hecho reconocido de presentarse en *top-less*, autorice la rotura de los moldes en los que se desenvolvía la fotografiada».

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha manifestado en este sentido que «... la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia –y previa– conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentra inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél» (40).

Otro aspecto relevante, respecto al derecho a la propia imagen, lo constituye el del consentimiento del afectado. Son frecuentes los reportajes sobre personajes famosos, en la denominada «prensa del corazón», en los que las personas fotografiadas posan voluntariamente y autorizan la publicación del mismo, generalmente a cambio de una suma de dinero.

En estos casos no se produce una intromisión ilegítima en el citado derecho, pues media el consentimiento. Así, el artículo 2.2. de la citada Ley 1/1982, de 5 de mayo, establece que «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso...».

No obstante, el consentimiento para utilizar la imagen de una persona puede ser revocado en cualquier momento, si bien el titular del derecho está obligado a indemnizar al previamente autorizado para reproducir su imagen, en base a dos conceptos: por los daños y perjuicios causados y por las expectativas de beneficio no obtenido.

La cuestión del alcance y los efectos de la revocación del consentimiento, legitimador de la intromisión en el ámbito protegido por el artículo 18 de la CE, es tratada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 117/1994, de 25 de abril. Los hechos en los que se fundamenta la demanda son los siguientes:

(40) STC 99/1994, de 11 de abril.

«Mediante documento privado, fechado en Roma el 28 de enero de 1985, Ana García Obregón reconoció, gratuitamente, a un fotógrafo italiano, Sr. Cattarinich, «el pleno derecho de distribuir en todo el mundo, con fines periodísticos», una serie de fotografías por ella misma seleccionadas y aprobadas. El 13 de marzo de 1985 se publicaron algunas de esas fotografías en la Revista *Interviú*. Posteriormente, dicho fotógrafo cedió a la revista *Play Boy España*, los derechos de reproducción del reportaje fotográfico para su publicación. Por medio de requerimiento notarial, la recurrente en amparo comunicó a la editora de dicha revista, su total oposición a la publicación de las referidas fotografías. Dicho requerimiento fue recibido por la editora veinte días antes de la tirada del ejemplar, cuando ya estaba compuesta la revista, en fase avanzada de impresión y posterior distribución. Asimismo, la demandante envió otro requerimiento notarial al fotógrafo italiano en el mismo sentido, quien lo recibió días después de publicadas las fotografías. No obstante, la revista *Play Boy España* publicó el reportaje fotográfico en su número de noviembre de 1986, presentando la recurrente demanda, al amparo de la Ley Orgánica 1/1982, por intromisión ilegítima en el honor, la intimidad y la propia imagen.»

El Tribunal Constitucional deja claro, en principio, que «la infracción, por las Sentencias impugnadas, de los artículos 18.1, 20.4 y 24.1 de la CE, que la demandante señala, ha de reconducirse a una sola quiebra constitucional: la de su derecho a la propia imagen —conculcado por la publicación de las fotografías— y al honor —infringido por los comentarios que acompañaban a las mismas—» (F.J. 2.º).

Respecto al consentimiento y posterior revocación de lo publicado, el TC manifiesta que «cierto es que, mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial, sometido al tráfico negocial y ello inducir a una confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. Esto es lo que puede determinar situaciones como la que aquí se contempla, porque los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen, como cualquier otra persona, salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección de su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; más debe afirmarse que, también en tales casos, el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado. Mas, en esos supuestos de cesión voluntaria de la imagen, el régimen de

los efectos de la revocación (prevista en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982 como absoluta) deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio; y corresponde a los Tribunales ordinarios la ponderación de los derechos en conflicto en tales casos, sin perjuicio de la que a este Tribunal compete, únicamente desde la perspectiva constitucional» (F.J. 3.º).

Respecto a contra quién puede ejercitarse la revocación del consentimiento, se afirma que:

«...tratándose del ejercicio de una facultad derivada de un derecho constitucional de la personalidad, la posibilidad de revocación no se agota con su ejercicio frente a quien originariamente resultó beneficiario de la licencia, sino que se extiende a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la titularidad sobre lo transmitido, puesto que se trata de recobrar el derecho a la imagen, irrenunciable e inalienable en su esencia, dejando sin efecto la autorización, que es una facultad excepcional otorgada. Frente al Sr. Cattarinich la revocación no podía producir ya otro efecto que el de desautorizarle para realizar nuevas operaciones contractuales con las fotografías. Pero frente a la editorial demandada, también había de producir el de impedirle publicar las fotografías en el futuro» (F.J. 5.º).

Asimismo, se establece que los derechos patrimoniales afectados han de ser tenidos en cuenta por los órganos judiciales, «...no sólo el de la demandante a recuperar su exclusivo derecho sobre las fotografías, sino también el del editor a no sufrir un perjuicio patrimonial derivado de la suspensión de la publicación, sin la correlativa obligación de ofrecer garantía suficiente de resarcimiento de dichos perjuicios» (F.J. 7.º).

Respecto a la eficacia de la revocación del consentimiento, el Tribunal Constitucional tiene en cuenta el momento en que la misma se produce, en relación con el proceso de edición de la revista, manifestando que «La decisión, pues, de las sentencias civiles en las tres instancias se ha formulado sobre la base de que la publicación no era un acontecimiento singular e instantáneo, sino un proceso integrado por una pluralidad de fases sucesivas, de las cuales algunas de las más importantes ya se habían producido con anterioridad a la revocación y a su conocimiento por la editora y otras se hallaban en muy avanzado estado de ejecución, de modo que la sustracción de las imágenes del mundo comercial, había de adecuarse a una situación de urgencia derivada de las anteriores relaciones contractuales; lo cual, por otra parte, no determinaba, en el derecho a la imagen de la recurrente, una intromisión diferente de la que ya derivaba de su primitiva autorización. (...) Los Tribunales civiles otorgaron, pues,

relevancia decisiva a la cesión contractual de las imágenes en relación con el momento de la eficacia de la revocación y, sin duda, la prevención del necesario resarcimiento de daños y perjuicios dada la inminencia de una publicación costosa que se estimaba ya en marcha. Apreciación que debe reputarse razonada y razonable según se desprende de sus fundamentos, pero además, según la ponderación constitucional que a este Tribunal compete, en orden a sus efectos sobre el derecho fundamental invocado, no puede estimarse contraria al mismo, ni se opone a los razonables efectos de la revocación de la autorización prestada, máxime si se tiene en cuenta la ya referida falta de ofrecimiento de garantía de resarcimiento económico por quien revoca el consentimiento». (F.J. 8.º).

Por último, y en lo que respecta a las quejas de la demandante, en cuanto a los comentarios que acompañan a las fotografías, finalmente publicadas, el Tribunal Constitucional manifiesta que tampoco merecen reproche alguno, basándose en que «si la demandante consintió en su momento para que las fotografías se publicaran, había de suponer —dada su naturaleza— que su publicación sólo podía realizarse en revistas como la encausada y seguramente acompañada de comentarios como los que ahora denuncia. Ello no constituye una difusión en sí misma difamatoria y, además, pese a su evidente tosquedad y falta de elegancia, aquellos comentarios, si bien groseros, no se muestran ofensivos para la recurrente, sino que, al fin, dentro de su estilo, pretenden más bien constituir una burda alabanza a las cualidades físicas reveladas por las fotografías. Si tal consentimiento (conjunto para la publicación y para los inevitables “pies de foto”) fue válido y su revocación no puede afectar, por cuanto ha quedado dicho, a la edición del número de noviembre de 1986, de la revista *Play Boy España*, es evidente que no pueden admitirse tampoco sus quejas sobre este particular» (F.J. 9.º).

III. LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN DE INTERESES COMO SOLUCIÓN AL CONFLICTO

La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo: entre derechos fundamentales no se puede hablar de jerarquía, sino de equilibrio, ya que el artículo 53.2 de la CE ofrece las mismas garantías para todos ellos. No cabe establecer, pues, *a priori*, un orden jerárquico, derivado del texto constitucional (41).

(41) En este sentido, como ha manifestado GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. «El derecho penal...», *ob. cit.*, pp. 385-386, «Libertad de expresión, honor e intimidad no son bienes jurídicos jerarquizables. No aporta nuestra Constitución criterios y directrices que permitan resolver eventuales conflictos entre estos tres derechos fundamentales».

La solución ha de venir por la técnica de la ponderación de ambos derechos en conflicto, en relación con las circunstancias de cada caso en concreto. Esta ponderación debe partir del «contenido, alcance y finalidad que la Constitución atribuye a cada uno de los derechos en presencia y de los límites externos que se derivan de su interacción recíproca» (42).

Martínez de Pisón (43) ha definido la ponderación de bienes como «la estrategia, la argucia que los Magistrados han asentado firmemente para resolver cuestiones de índole práctica de aplicación del derecho, que les plantean habitualmente los recursos de amparo». Por consiguiente, el criterio de la ponderación es una consecuencia del convencimiento de que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos. No sólo que el ejercicio aislado de cada uno de ellos tiene unos límites claros, sino que, como sucede siempre, suelen entrar habitualmente en conflicto.

Nos encontramos, pues, ante una construcción teórica para determinar, en abstracto o en concreto, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder un derecho fundamental que entra en colisión con otro.

Se obliga, por tanto, a los Tribunales a realizar un juicio ponderativo acerca de las circunstancias concurrentes en cada caso. Así lo ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional al establecer que «cuando del ejercicio de la libertad de expresión e información, reconocida en el artículo 20.1 de la CE, resulte afectado el derecho al honor o intimidad de alguien, el órgano jurisdiccional está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto». No obstante, el Alto Tribunal podrá revisar la ponderación realizada por los órganos jurisdiccionales, si no la considera adecuada. En este sentido ha señalado que entra dentro de su jurisdicción «revisar la adecuación de la ponderación realizada por los Jueces, con el objeto de conceder el amparo si el ejercicio de la libertad reconocida en el artículo 20 se manifiesta constitucionalmente legítimo o denegararlo en el supuesto contrario» (44).

Para facilitar la tarea de llevar a cabo dicha ponderación, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (45), ha dejado indicados los siguientes criterios:

(42) STC 219/1992, de 3 de diciembre.

(43) MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.: *El derecho a la intimidad... ob. cit.*, p. 157.

(44) STC 107/1988, de 8 de junio; STC 105/1990, de 6 de junio; STC 214/1991, de 14 de diciembre.

(45) Entre otras, *vid.* STC 227/1992, de 11 de noviembre; STC 178/1993, de 31 de mayo; STC 41/1994, de 15 de febrero.

– La delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos;

– La tarea de la ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1.d), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen;

– Cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso para que su protección sea legítima, que lo informado sea de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad; que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede fomentar la exigencia de que asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad, de una parte, y la libertad de información, de la otra.

Además, en la ponderación ha de tenerse en cuenta el criterio de la proporcionalidad, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional al señalar que «la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental, doctrina que nos conduce a negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos, y a exigir que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental, adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos» (STC 37/1989, de 14 de febrero; STC 85/92, de 8 de junio).

Un primer punto de partida de la técnica de la ponderación como resolutoria del conflicto, es el carácter no absoluto, tanto de los derechos fundamentales como de las limitaciones a los mismos.

Esta es la postura seguida por el Tribunal Constitucional cuando afirma que «es cierto que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento, inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social».

Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio, vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que «los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos» (46).

Finalmente, añaden las sentencias citadas, «cuando el conflicto ocurra, las restricciones que de él se deriven deben interpretarse de tal modo que el contenido del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado, ni incorrectamente relativizado».

IV. REQUISITOS QUE HA DE CUMPLIR LA INFORMACION PARA QUE PREVALEZCA FRENTE AL DERECHO A LA INTIMIDAD O LA PROPIA IMAGEN

1. La relevancia pública de la información

Uno de los requisitos que ha de cumplir la información, para que prevalezca frente al derecho a la intimidad es que resulte relevante para la formación de la opinión pública, al tratar sobre asuntos de interés general, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en la que esa persona se ha visto involucrada. Sólo así puede tolerarse que interfiera en la vida privada; pero no siendo de tal forma, sino dirigida únicamente a satisfacer la simple curiosidad morbosa

(46) STC 159/1986, de 12 de diciembre; STC 37/1989, de 15 de febrero; STC 214/1991, de 11 de noviembre.

de los lectores, ávidos de conocer detalles íntimos de otras personas, el derecho a la reserva puede resultar preferente.

En este sentido, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su artículo 8.1, establece que no se consideran intromisiones ilegítimas, en general, las autorizadas legalmente por la Autoridad competente, o cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

Para Berdugo Gómez de la Torre (47), el fundamento de la preponderancia de las libertades del artículo 20 respecto al honor y la intimidad radica en su contribución a la formación de la opinión pública, que constituye uno de los pilares en una sociedad libre y democrática.

En este sentido, el Tribunal Constitucional justifica la lesión de los derechos de las personas que ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de alternancia pública, en que «así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (STC 107/1988, de 8 de junio). Declarando, asimismo, que «el criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas es la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que siendo verdadero, su comunicación a la opinión pública resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa (STC 197/1991, de 17 de octubre).

Ahora bien, si para justificar las intromisiones en el honor se requiere que la información cumpla el requisito de la veracidad, tratándose de la intimidad «el criterio clave no es la veracidad, sino la relevancia pública del hecho divulgado» (STC 172/1990, de 12 de noviembre).

En principio, la determinación de cuáles son los temas de interés para la opinión pública, es de difícil concreción. Si bien, en el momento actual, nadie vacilaría en incluir en el ámbito del interés general a la actividad política, en cuanto está en las bases de participación en el modelo social, o a la cultura, el arte o la ciencia, que suponen campos claves para el desarrollo de la personalidad. Pero, como ha señalado Berdugo (48), en ningún caso puede pretenderse elaborar un catálogo cerrado, pues puede ser de interés para la opinión pública cualquier tema que por su contenido o consecuencias tenga trascendencia en la participación social.

(47) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo II, 1991, p. 351.

(48) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «Los límites ...» *ob. cit.* p. 353.

Se parte, pues, tal y como ha señalado Espinar Vicente (49), de un concepto jurídico indeterminado, cuyo núcleo de certeza se confunde con su halo de incertidumbre, si entendemos por interés público el atractivo de la noticia para sus destinatarios. Es difícil poder afirmar el interés de una noticia con carácter general, ya que cada grupo socio-cultural proyecta sus preferencias de interés hacia ámbitos diferentes.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este tema de la relevancia pública de la información, resultando afectada la intimidad de una persona, en las Sentencias 171 y 172 /1990, de 12 de noviembre, si bien llegando a resultados jurídicos distintos.

Se trata del caso familia Patiño contra los diarios *El País* y *Diario 16*. El comandante Patiño, un piloto de líneas aéreas, persona no pública, interviene en un hecho público: un accidente aéreo. Con ocasión del mismo, dichos periódicos revelaron diversos datos de su vida privada, como posibles causas del accidente.

La Sentencia 171/1990, de 12 de noviembre, analiza la información de dicha noticia publicada por el diario *El País*, llegando a las siguientes conclusiones:

«Para indagar si en un caso concreto el derecho de información debe prevalecer, será preciso y necesario constatar, con carácter previo, la relevancia pública de la información, ya sea por el carácter público de la persona a que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se ha visto involucrada, y la veracidad de los hechos y afirmaciones contenidos en esa información» (F.J. 5.º).

«Aunque no se haya cuestionado directamente el problema de la relevancia pública de la información publicada, no debe dejar de subrayarse que esa información se produce dentro del contexto de un accidente aéreo, con numerosas víctimas, y del examen periodístico de sus circunstancias y posibles causaciones, que se pone en relación también con la seguridad del tráfico aéreo en nuestro país y con la responsabilidad que al respecto tienen las autoridades públicas y la dirección de las compañías aéreas. En ese contexto se cuestionó la aptitud y competencia profesional del piloto, en el momento de producirse el accidente y si estaba en condiciones idóneas para volar. Resulta innegable la relevancia pública y social del accidente y de sus posibles causas, incluso de si el mismo podía deberse a un eventual fallo humano del piloto. La competencia, aptitud y actuación profesional de un piloto en un servicio público de transporte aéreo, han de considerarse temas de

(49) ESPINAR VICENTE, J. M.: «La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor», en VV. AA., *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, 1992, p. 63.

interés social y de relevancia para el público, que traspasan los límites de la esfera privada. Las condiciones en que se encontraba y la conducta profesional de quien, como piloto, realiza un servicio público y en aquello que a éste atañe, ha de considerarse sometida a crítica y escrutinio públicos también, por parte de los medios de comunicación, por ser temas de relevancia pública» (F.J. 7.º).

«El derecho fundamental reconocido en el artículo 20 CE, no puede restringirse a la comunicación objetiva y aséptica de hechos, sino que incluye también la investigación de la causación de hechos, la formulación de hipótesis posibles en relación con esa causación, la valoración probabilística de esas hipótesis y la formulación de conjeturas sobre esa posible causación» (F.J. 9.º).

«Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el contenido mismo de las expresiones cuestionadas y el que las mismas tenían como fondo un análisis crítico de un accidente aéreo, en el marco de una excesiva siniestralidad del transporte aéreo en aquel momento, no cabe considerar que las expresiones utilizadas fueran innecesarias y gratuitas en relación con la información, ni que por su contenido y forma tuvieran una finalidad vejatoria o fueran producto de una enemistad personal. No eran, así, irrelevantes las informaciones publicadas sobre las cualidades personales del piloto, ponderándose, como se precisa en la demanda, tanto las innegables cualidades positivas, tratarse de un piloto muy capacitado, experimentado y de los más expertos, su carácter jovial y extrovertido, como también sus defectos, en sí mismo, además, no contrarios a la honra o la buena fama, como el carácter irascible, o el que estuviese pasando una mala racha personal y hubiese sufrido depresiones (...) Se trataba de datos y calificaciones relevantes para la información y, además, presentados dentro de los límites de lo tolerable, al no utilizarse expresiones vejatorias o descrédito global de la persona (...) Tampoco desde las perspectivas del abuso de las formas o expresiones puede considerarse, así, que la información publicada haya sobrepasado los límites del derecho de comunicación de informaciones y opiniones» (F.J. 10.º).

La STC 172/1990, de 12 de noviembre, ante el mismo supuesto de hecho, analiza lo publicado en *Diario 16*. Este periódico, en su número correspondiente al día 23 de febrero de 1985 y bajo el titular «El último vuelo del Comandante Patiño», publicó una semblanza personal de dicha persona en la que, invocando fuentes informativas no precisadas, y aun reconociendo que era un gran piloto, se dedicaban al mismo frases tales como «era un cachondo mental», «era mal educado y grosero», «bebía demasiado para un Comandante de líneas aéreas, que tiene que volar

cada cuatro días», «vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada de siete meses», «la cerveza y algunos problemas económicos llevaban últimamente de cabeza a este hombre», ... y otras frases semejantes.

El Tribunal Constitucional, en su Fundamento Jurídico 4.º, realiza las siguientes apreciaciones:

«Es indudable que un accidente aéreo, de las trágicas consecuencias que tuvo el ocurrido el 19 de febrero de 1985, en las proximidades del aeropuerto de Sondica, es un hecho de relevancia pública y que su comunicación a la opinión pública autoriza, según la técnica periodística, a incluir en ella consideraciones sobre la personalidad del piloto y sobre las posibles causas del accidente (...).

Pero también es indudable que, aun admitiéndolo así, en la información, al margen de su veracidad o falsedad, puesto que, en el juicio que se hace sobre su personalidad, cuyo resultado global de descalificación moral, social y profesional es innegable, se incluyen expresiones y afirmaciones que exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho de información (...).

Respecto de la afirmación de que dicho piloto, hombre casado y con hijos, «vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada de siete meses», puesto que tal afirmación, que de ser cierta podría, quizá, en determinadas circunstancias, venir amparada en el derecho de información, si se refiriese a un personaje público, no puede en modo alguno encontrar justificación en el caso aquí debatido, pues se trata de una persona privada, cuya participación en un hecho de interés general ocurrido en el ejercicio de su profesión, puede autorizar al informador a someter a crítica su personalidad como gestor del servicio público de transporte aéreo, pero no a entregar a la curiosidad de la opinión pública aspectos reservados de su vida privada más íntima, que en absoluto tienen la más mínima conexión con el hecho de la información, tanto más cuanto que se trata de una persona fallecida, cuya memoria, de acuerdo con el sentimiento social prevalente, merece el mayor respeto.

Por lo tanto, dichas expresiones y esa afirmación son exteriorizaciones comunicativas que, por su ausencia de relevancia pública, suponen un sacrificio innecesario del honor e intimidad de una persona, que no encuentran justificación en el valor preferente de la libertad de opinión y de información, y por tanto, lesionan gratuitamente el honor e intimidad de la persona a la que se refieren».

El Tribunal Constitucional, en STC 219/1992, de 3 de diciembre, reitera el requisito de que la información transmitida esté referida a asuntos públicos que son de interés general, para que resulte prevalente frente al derecho a la intimidad, al declarar que:

«Por lo que respecta a la relevancia pública de la información, conviene señalar previamente que este requisito deriva tanto del contenido como de la finalidad misma del derecho reconocido en el artículo 20.1.d) CE. En efecto, no cabe olvidar que, como los demás derechos fundamentales, el derecho a comunicar o recibir libremente información no es absoluto, pues su ejercicio se justifica en atención a la relevancia social de aquello que se comunica y recibe para poder contribuir así a la formación de la opinión pública. De este modo, es obvio que la libertad de información no puede invadir la esfera de la intimidad personal y familiar en cuanto ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, de suerte que el derecho reconocido en el artículo 18.1 constituye un límite estricto de esa libertad ex artículo 20.4 CE y, más allá de este ámbito —esto es, respecto a hechos de la vida social— el elemento decisivo para la información no puede ser otro que la trascendencia pública del hecho del que se informa, pues es dicho elemento el que le convierte en noticia de general interés» (F.J. 3.º). (En el mismo sentido, STC 240/1992, de 21 de diciembre.)

2. Personajes famosos o personas de carácter público

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la jurisprudencia ha señalado que en determinados casos la información adquiere el requisito de la relevancia pública o de interés general, cuando la noticia esté referida a personas públicas o que ejerzan funciones públicas.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que «los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan de interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a he-

chos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos» (STC 172/1990, de 12 de noviembre).

Así, por ejemplo, las personas que se dedican a la actividad política están expuestas a un mayor control de sus actitudes y manifestaciones por la prensa y la opinión pública. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que «cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida por el artículo 20.1 CE, los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones, que si se tratara de particulares sin proyección pública. En un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia pública» (50).

Ahora bien, «no toda información, que se refiere a una persona con notoriedad goza de especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea» (STC 197/91, de 17 de octubre).

El artículo 8.2 de la citada Ley 1/1982, de 5 de mayo, en relación con el derecho a la propia imagen, establece que no se consideran ilegítimas: a) cuando se trate de la captación, reproducción o publicación de la imagen de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

Por consiguiente, cabe que imágenes que, en principio, aparecen como pertenecientes a la esfera de la intimidad queden excluidas de ella por especiales circunstancias que en ellas concurren, como pueden ser las previstas en dicho artículo 8. Esta cuestión es tratada por el Tribunal Constitucional, STC 231/1988, de 2 de diciembre, en relación con la difusión comercial de imágenes de un torero (Paquirri), herido de muerte por asta de toro, en la enfermería de la plaza.

Lo que se trataba de considerar en este caso era si las imágenes en cuestión podían entenderse como parte de la profesión y espectáculo propios del fallecido, esto es la lidia de toros, lo que de acuerdo con el mencionado artículo 8 excluiría su carácter de intromisión ilegítima, pero la mencionada Sentencia concluye diciendo que «en ningún caso pueden considerarse públicas y parte del espectáculo las incidencias sobre la salud y vida del torero, derivadas de las heridas recibidas, una vez que abandona el coso, pues ciertamente ello supondría convertir en instrumentos de diversión y entretenimiento algo tan personal como los pa-

(50) STC 105/1990, de 6 de junio; STC 85/1992, de 8 de junio; STC 336/1993, de 15 de noviembre.

decimientos y la misma muerte de un individuo, en clara contradicción con el principio de dignidad de la persona que consagra el artículo 10 CE» (F.J. 8.º).

Por consiguiente, en opinión de Luzón Peña (51), aunque la ley haya optado por limitar el derecho a la imagen de las personas en las que concurre la condición de notoriedad, por razón de su cargo o profesión, es decir, por algo que voluntariamente se ha elegido o aceptado y cuyas cargas o molestias también se han asumido, incluso a estas personas les queda un ámbito privado dentro de los lugares privados, que ha de ser protegido.

En este sentido, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo ha manifestado que «quien ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, tiene derecho a su propia imagen y a su intimidad, cuando elude su presentación en un acto público o en lugares abiertos al mismo» (STS de 29 de marzo de 1988).

E incluso cabe que imágenes captadas sin consentimiento de la afectada, aún cuando se trate de una persona con proyección pública y el lugar de la captación sea abierto al público, sean consideradas ilegítimas por la carencia de interés social de las imágenes obtenidas.

Así, la STS de 17 de julio de 1993 (conocida como caso Marta Chávarri), ha dejado claro que «el uso no autorizado de una imagen de la naturaleza de los hechos enjuiciados, en los que primero se captan, manejando al efecto, poderosos medios técnicos y, luego se publican sin atenuación ni veladura de ninguna especie, la zona del pubis y genital externa de una mujer, son circunstancias que, por atacar la libertad en la esfera personalísima, en principio más celosamente guardada y, por consiguiente, más estrictamente sustraída al desvelamiento y conocimiento ajeno de lo íntimo corporal, inserto en la intimidad personal, exige no ser escarnecida ante sí, ni ante los demás, y obliga, al hilo de la normativa constitucional (arts. 10 y 18.1 CE) y de la Ley 1/1982 (apartados 5 y 7 del artículo 7) a amparar a la ofendida, atajando el intento de justificación del invasor, cuyo argumento de estar cubierto, sin más, por el derecho a la información (*ex art. 8 de la ley de 1982*), lleva consigo una insoportable declaración de prevalencia, sin otra justificación que la de la proyección pública de la afectada y carácter abierto al público del lugar de captación de la imagen. Argumentación que, al tiempo que supone implicar sistemáticamente lo privado –todo lo privado– en lo público, por el hecho de tratarse de una persona conocida y hallarse ésta en lugar de pública concurrencia, eleva, de otra, un simple fenómeno de curiosidad a la categoría de interés social, a despecho de las circunstancias de usual reserva de la interesada y la más que razonable concurrencia en la

(51) LUZÓN PEÑA, D. M.: «Protección penal...» *ob. cit.*, p. 67.

captación y difusión de la imagen de una pura motivación de contenido económico».

Así, resulta inaceptable la idea de que las personas públicas carecen de vida privada. Ahora bien ¿quienes son personas públicas? A este respecto, García San Miguel (52) se pregunta ¿puede uno serlo sin haber salido en los medios de comunicación? Si se requiere haber salido alguna vez, ¿cuántas veces? Se trata, por tanto, de un concepto escurridizo.

Lo más certero es sentar el principio de que la persona pública no carece completamente de vida privada, aunque la tenga más reducida o limitada. En este sentido, el Tribunal Supremo (Sala 1.^a) (53), ha dejado sentado que «aun cuando los personajes públicos tienen un área de intimidad menor que las personas meramente privadas, ello afecta tan sólo a los sectores que se relacionan con su actividad, sin que quepa negarles la posibilidad de acotar una zona de comportamiento meramente privado, en el que no se concede acceso al público, so pena de producirse una ilícita intromisión en su intimidad».

Asimismo, nuestro más Alto Tribunal ha establecido que «las personas que por razón de su actividad profesional son conocidas por la mayoría de la sociedad, han de sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los simples particulares, pero ello no puede ser entendido radicalmente, en el sentido de que el personaje público acepte libremente el riesgo de lesión de la intimidad, que implica la condición de figura pública» (54).

Por último, cabe cuestionarse si tienen derecho a la intimidad aquellas personas que, precisamente, adquieren la condición de personajes públicos por vender a la prensa del corazón sus «intimidades».

Este tipo de personas son públicas, porque viven cara al público. No han alcanzado la notoriedad por sus creaciones en el mundo del arte, la ciencia o la investigación. No son actores galardonados por las academias cinematográficas, ni han desarrollado —que se sepa— actos de heroísmo, abnegación o entrega a sus semejantes, que les hayan generado el público reconocimiento.

Por el contrario, si son personas públicas lo son, tan sólo, porque exhiben impúdica y cotidianamente casi todos los ámbitos de su vida privada ante la opinión pública. Así, los ciudadanos conocen sus cuerpos, sus casas —incluidos los cuartos de baño, dormitorios y demás elementos que pueden considerarse íntimos—, sus amores, viajes, y celebraciones íntimas (bodas, bautizos...). Dentro de este contexto, es dudoso que to-

(52) GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, L.: «Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión», en VV. AA., *Estudios sobre el Derecho a la intimidad*, Madrid, 1992, p. 23.

(53) STS de 18 de marzo de 1992.

(54) STC 197/1991, de 17 de octubre.

davía exista un ápice de intimidad en la vida personal de estas «personas públicas». Tan sólo aquellos aspectos de su vida privada, con los cuales no hayan comerciado, y se publiquen sin su consentimiento, podrán ser tutelados como pertenecientes a su intimidad.

De esta forma, si presentan una querrela por intromisión ilegítima en su intimidad, difícilmente pueden obtener una declaración judicial que establezca que, quien comercia con su intimidad puede luego impedir a otro que hable de esos mismos temas. Cuando una persona renuncia a guardarse para sí los datos que pueden conformar su intimidad, personal y familiar, ya no puede censurar a quien se pronuncie sobre los mismos hechos que ella ha tenido ocasión de exhibir, y ello, con independencia de que el tratamiento sea crítico e incluso negativo.

Como ejemplo más significativo de lo expuesto, cabe citar, lo dicho a un personaje «público» (Ana García Obregón) por nuestro Tribunal Supremo: «quien malbarata los derechos al honor y a la intimidad, o no sea celoso custodio de los mismos, no puede ser acreedor de la protección jurídica que establece la Ley Orgánica 1/1982». (STS S.1.ª, de 13 de noviembre de 1990).

La causalidad ¿una solución procesal para un problema dogmático?

CARLOS PÉREZ DEL VALLE

Letrado del Tribunal Supremo
Profesor Adjunto de Derecho Penal, Universidad San Pablo, Madrid

SUMARIO: I. El nuevo enfoque de la jurisprudencia.—II. Las críticas de la doctrina a la «sentencia de la colza».—III. El planteamiento en la perspectiva del proceso y la «normatividad» de la decisión judicial.—IV. La base científica en la determinación de la causalidad.—V. La convicción del tribunal y el principio *in dubio pro reo*.—VI. La causalidad como elemento del tipo.

La conexión entre la teoría y la práctica del derecho y la superación de barreras innecesarias entre ambas es una cuestión permanente, vinculada en lo esencial a la elaboración de teorías con miras a la decisión (1). Tal vez el ejemplo más claro de los intentos de acercamiento está representado, en el ámbito del Derecho penal continental, por la construcción de la teoría del delito, que ha cumplido con una doble función mediadora: por un lado, entre la ley y el caso concreto a través de su aplicación en la decisión sobre éste último; por otro, entre la ley y los hechos objeto del juicio, en tanto que cada categoría hace referencia a determinados aspectos del hecho que constituyen el material objetivo al que se debe aplicar la ley (2).

(1) Cfr. John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1983, p. 12.

(2) BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1994, p. 25.

Sin embargo, a ese proceso de aproximación contribuye también decisivamente la discusión doctrinal sobre la Jurisprudencia. En especial, los comentarios suscitados por la conocida STS de 23 de abril de 1992 («caso de la colza») en relación con la causalidad demuestran tanto el interés que ha originado la cuestión planteada como la influencia que pueden alcanzar las reglas de la prueba del proceso penal en las soluciones dogmáticas. En este último orden de consideraciones, las críticas de la doctrina española dejan entrever una cierta desconfianza hacia lo que parece ser la búsqueda de una solución estrictamente procesal (¿la convicción subjetiva del juez?) para un problema dogmático (la existencia de una ley causal y su comprobación).

I. El nuevo enfoque de la jurisprudencia

1. Resulta difícil pensar hoy, como con razón sostenía Honig en 1930, que la teoría de la causalidad en el derecho penal se encuentre en una crisis abierta (3), aunque sea un tema cuestionado en las ciencias naturales y en la filosofía (4). Por lo general, la doctrina discute especialmente los problemas de imputación objetiva del resultado que parten de la afirmación de la existencia de la causalidad (5) y los casos que son objeto de la decisión de los tribunales recaen, por lo general, sobre supuestos en los que se afirma como no discutible la relación de causalidad. Una vez separada ésta de la imputación objetiva del resultado, es la última la que merece mayor atención.

Sin embargo, esta situación se ha visto parcialmente modificada ante casos en los que se planteaba en el proceso penal la responsabilidad derivada de la comercialización de productos. En particular, decisiones de los tribunales en casos conocidos como «Contergan» (Talidomida) (6), «Lederspray» (7) y «Holzschutzmittel» (8) en Alemania; del «proceso

(3) Richard HONIG, «Kausalität und objektive Zurechnung», en *Festgabe für Reinhard von Frank*, Tübingen, 1930, p. 174.

(4) Claus ROXIN, *Strafrecht-Allgemeiner Teil. Band I*, Munich, 1992, § 11-3.

(5) Cfr. entre otros, en castellano, las monografías de CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación objetiva del resultado*, Barcelona, 1989; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992; REYES ALVARADO, *La imputación objetiva*, Bogotá, 1994; DE LA GÁNDARA VALLEJO *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Madrid, 1995. Sobre la situación precedente, cfr. Elena LARRAURI, «Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva», en *ACDP-1988*, pp. 715 ss.

(6) Auto del Tribunal de Aquisgrán, en *JZ-1971*, pp. 507 ss.

(7) Sentencia del Tribunal Supremo alemán, resolviendo el recurso de casación sobre contra la sentencia del Tribunal de Mainz, BGHSt 37, 106 ss, en *NSiZ-1990*, p. 588 ss.

(8) Citado por HASSEMER, en *La responsabilidad por el producto en el Derecho Penal*, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, Valencia, 1995, p. 134.

del Vajont» o el de la «mancha azul» (macchie blue) en Italia (9); o el «caso del aceite de colza» —o del «síndrome tóxico»— en España (10) han provocado, sin duda, un resurgimiento del problema de la causalidad, aunque desde un enfoque diferente al tradicional.

2. El Tribunal Supremo español no fue ajeno a estos precedentes y, por ello, la STS de 23 de abril de 1992 sobre el «aceite de colza» abordó la cuestión en forma muy similar a aquéllos cuando ésta le fue planteada por las defensas de los acusados. Los recurrentes negaban la relación de causalidad entre la distribución del aceite de colza con anilina al 2 por 100 y el síndrome tóxico padecido por las personas que figuraban como afectadas, pues en ningún momento pudo determinarse cuál era la molécula o el agente tóxico que provocó la enfermedad.

Frente a esas posiciones, la STS consideró que las defensas discutían la existencia de la causalidad en el caso sobre la base de la imposibilidad de afirmar una ley general de causalidad. En este sentido, la argumentación del tribunal de casación debería centrarse en la comprobación de los criterios que habían llevado al tribunal de instancia a la afirmación de una ley general de causalidad. El Tribunal Supremo llegó, en este sentido, a la convicción de que tales criterios eran correctos y que, por ello, no era posible discutir la causalidad en el caso concreto cuando podía sostenerse una ley general de causalidad cuyos elementos podían constatarse en el caso.

a) En primer término, es de interés contemplar el contenido de la denominada plausibilidad de la explicación del síndrome tóxico a través del aceite de colza desnaturalizado. En ese orden de consideraciones, la Sala II entendió que existía una base de correlación entre el antecedente de la ingestión y las consecuencias de la muerte o de las lesiones [FJ, 2.e)bb]. Es decir, que en los 330 muertos y más de 15.000 afectados fue posible constatar la similitud de síntomas y la previa ingestión del aceite.

De estas consideraciones ha de desprenderse que la comprobación por el tribunal de instancia en el juicio de esa correlación era el presupuesto determinante de la afirmación de la causalidad, pues el número de

(9) Sobre la sentencia de la Corte de Casación italiana en el primer caso; y sobre la sentencia del Tribunal de Rovereto, en el segundo, Federico STELLA, en *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel Diritto penale*, Milán, 1990, pp. 39 ss. y 47 ss.

(10) La sentencia del TS fue publicada en volumen monográfico de los Cuadernos del CGPJ *Dos sentencias de la Sala segunda del Tribunal Supremo*, Madrid, 1992 y su fundamentación jurídica puede encontrarse también en R.A. 6783. Una muestra del interés suscitado por la cuestión es la traducción parcial al alemán de CANCIO MELIÁ, que se publicó en *NStZ-1994*, pp. 37-39, en la que se incluyen los fundamentos jurídicos dedicados al problema de la causalidad.

casos en los que se había demostrado esta correlación fue suficientemente relevante.

b) Un segundo criterio de la Sala II viene marcado por la posibilidad de descartar otras causas que pudieran explicar el resultado. En los últimos párrafos del relato de hechos probados se hace mención a algunas de las explicaciones, que se declaraban no probadas:

«No consta que a finales de 1980 o principios de 1981 se produjera en la base militar USA de Torrejón de Ardoz accidente relacionado con armas químicas organo-fosforadas, desencadenantes de una onda epidémica.

No consta que ulteriormente ente alguno, público o privado, nacional o internacional, provocara mediante el envenenamiento de tomates con organo-fosforados, una segunda onda epidémica a fin de disimular el origen de la primera».

De esta forma, la Audiencia había excluido otras causas alternativas que, por otra parte y como señala el Tribunal Supremo, eran «hipótesis aisladas que no eran defendidas como alternativas ciertas». El hecho de descartar estas posibilidades implicó, para el tribunal *a quo*, la no consideración de algunos informes de especialistas en los que, sin embargo, no se negaba la correlación entre ingestión de aceite y enfermedad. En otras palabras, los informes de los que se apartó el tribunal no eran contradictorios en la base de correlación que sí aceptó el tribunal.

Como es lógico, si la discusión se sitúa en este campo epidemiológico (estadístico), frente a la base de correlación (de su relevancia estadística) afirmada en la instancia sólo podía oponerse en la casación la negación de la relación correlativa en los casos examinados; o la aportación adicional de un número de casos suficiente (es decir, que reste relevancia a la base de correlación en la que se prueba la ingestión del aceite y la enfermedad) en los que no existió correlación, porque existió ingestión del aceite y no se produjo enfermedad o porque se produjo enfermedad y no existió ingestión del aceite. La explicación alternativa de la enfermedad en este último supuesto, requeriría, además, de mostrar la correlación respecto de otras hipótesis (la epidemia provocada por organo-fosforados).

El rechazo del tribunal de instancia y del tribunal de casación –en el espacio que le ofrecía el artículo 849.2 de la LECr– estaba respaldado por la ausencia de condiciones de las explicaciones alternativas, que no podían enfrentarse a la base de afectados en los que resultaba probada y no discutida la correlación.

c) Estos presupuestos son confirmados, finalmente, por el dato de que la «interrupción del envío del aceite al mercado ha coincidido con la desaparición de casos de síndrome tóxico». Este criterio, por otro lado,

presenta una particularidad en la argumentación de la Sala II: su carácter neutralizador de la alegación de que resultaba imposible la reproducción experimental del fenómeno. Es claro que, de esta forma, se atribuía al propio caso examinado un valor experimental, fundado en la base de correlación a la que se ha hecho referencia antes.

II. LAS CRÍTICAS DE LA DOCTRINA A LA «SENTENCIA DE LA COLZA»

Recientemente, la sentencia citada ha sido objeto de interesantes comentarios de la doctrina española y, como es lógico, una parte relevante de estos esfuerzos se ha dedicado al problema de la causalidad, por lo general en un sentido crítico respecto al criterio mantenido en la jurisprudencia.

1. Por un lado, Muñoz Conde discute la posición del Tribunal Supremo en la sentencia de la colza sobre la base de una distinción entre la prueba de la causalidad y la conexión de la causalidad con una determinada acción (11). Desde su punto de vista, «la causalidad del producto respecto a determinados daños, constatada en el proceso con fórmulas más o menos discutibles científicamente hablando, no significa automáticamente causalidad jurídica de todas las acciones que incidieron en la elaboración, distribución y venta del producto, y mucho menos responsabilidad penal para todos los que de algún modo tuvieron que ver con él» (12). De ello extrae Muñoz Conde la consecuencia de que «si no se conocen los factores concretos que convirtieron al producto en nocivo, ni la forma en que ello se produjo, difícilmente se podrán delimitar las acciones que en relación con el mismo puedan engendrar algún tipo de responsabilidad penal» (13). Expresamente asume la posición de Hassemmer al referirse a la caja oscura (*black-box*) del prestidigitador en el circo, en la que están controladas la entrada y la salida de la caja (el producto compuesto), pero su contenido permanece en la oscuridad (14).

2. Por otra parte, Paredes Castañón alude inicialmente a algunas precisiones relativas al proceso en las que apoya su visión crítica. En ese sentido, considera equivocada la afirmación de que la causalidad es una

(11) *La responsabilidad por el producto*, cit., pp. 87 y ss., en particular p. 93.

(12) *La responsabilidad por el producto*, cit., p. 94. En este sentido, mantiene que «las dudas y dificultades que se den en el proceso a la hora de constatar la forma concreta en la que el producto devino nocivo no pueden socavar las bases de la imputación penal, ni principios procesales tan básicos como el principio *in dubio pro reo*» (*loc. cit.*).

(13) *La responsabilidad por el producto*, cit., p. 94.

(14) HASSEMER, *La responsabilidad por el producto*, cit., p. 133.

cuestión de derecho, pues ello es consecuencia de la adscripción a la posición según la cuál los tipos de resultado son una especie de «leyes penales en blanco» (15). En su opinión, la peculiaridad de la causalidad como cuestión de hecho es que su conocimiento es siempre de carácter indiciario y que, en todo caso, exige la aplicación de procedimientos de inferencia, puesto que es necesario un cierto método de análisis de tales percepciones para establecer ciertas conexiones entre los fenómenos percibidos (16). En realidad, critica esta posición a la vez que discute que los «tópicos» de las máximas de experiencia, las reglas de la lógica o los conocimientos científicos puedan ser suficientes cuando se trata de obtener una conclusión mediante inferencia inductiva (17).

A partir de estos presupuestos, señala que si bien es cierto que para la afirmación de la causalidad es suficiente que la explicación causal propuesta esté fundamentada en una ley fenoménica de contenido causal que sea válida conforme a los criterios epistemológicos habitualmente admitidos, las peculiaridades del proceso penal comportarían que se añadiese la exclusión de otras explicaciones causales alternativas, lo que sólo es posible «determinando cada uno de los pasos de la cadena causal» o «reproduciendo experimentalmente los fenómenos». Ahora bien, en la construcción de una ley fenoménica no sería suficiente con una «conexión meramente probabilística entre resultado y sus factores presuntamente causantes» (18), sino que se requiere una argumentación epistemológica y metodológica, y su ausencia implica «falta de motivación suficiente de la resolución, susceptible de ser atacado en amparo», pues «crea un grave vicio de indefensión en la resolución judicial» (19). En suma, «parece que se optó por no proceder a experimentaciones adecuadas (aunque, de nuevo, ello no queda totalmente claro), lo que desde luego mermaría grandemente la validez de la argumentación del tribunal» y «que no puede aceptarse la decisión del tribunal de basar su argumentación al respecto exclusivamente en estudios de corte epidemiológico (esto es, de naturaleza probabilística) olvidando la necesidad de recurrir a otras investigaciones que, con sus conclusiones –determinis-

(15) PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos alterados o defectuosos*, Valencia, 1995, *cit.*, p. 63.

(16) *El caso de la colza*, *cit.*, pp. 64-65.

(17) *El caso de la colza*, *cit.*, pp. 69-71. «De este modo, la pretensión de nuestro TS, de reclamar para los órganos jurisdiccionales penales la facultad de juzgar hasta qué punto está suficientemente fundamentada una inferencia inductiva –aquí de carácter causal– carece de todo fundamento. Por el contrario, en este punto se hallan los tribunales completamente vinculados a las investigaciones y a los conocimientos científicos» (*loc. cit.*, p. 71).

(18) *El caso de la colza*, *cit.*, pp. 128 y 129. En el mismo sentido en pp. 103-107 y en pp. 117-118.

(19) *El caso de la colza*, *cit.*, pp. 128-129 y 130.

tas— pudieran haber confirmado (o no) las de aquellos estudios» y la explicación de los numerosos casos anómalos entre los que la conexión no quedó demostrada (20).

III. EL PLANTEAMIENTO EN LA PERSPECTIVA DEL PROCESO Y LA «NORMATIVIDAD» DE LA DECISIÓN JUDICIAL

1. La crítica de las resoluciones judiciales en una perspectiva procesal no ha sido ajena a la doctrina alemana. En este sentido, sobre la base de la distinción de la causalidad en los planos de la ley causal natural y la causalidad concreta, Maiwald sostiene que en el segundo plano el tribunal está vinculado a los conocimientos científicos (21). Como el tribunal carece de competencia para resolver la contradicción entre los peritos, la solución en la causalidad concreta ha de conducir a la aplicación del principio *in dubio pro reo* y, por consiguiente a la absolución (22).

En realidad, el fundamento de esta posición es la falta de seguridad que pueden aportar los conocimientos científicos cuando los expertos discuten sobre la existencia de la ley de causalidad. En efecto, existe un acuerdo general al afirmar que cuando los conocimientos científicos son seguros, el juez de los hechos no debe apartarse de los mismos en la valoración de la prueba (23). No obstante, la situación que se origina con la existencia de informes discrepantes hace que la exigencia quede reducida a una «seguridad suficiente» (24), y ésta no existiría en ningún caso si se niega al tribunal la competencia para decidir entre las opiniones de expertos manifestadas en dichos informes.

Frente a esta posición, se ha insistido en el hecho de que una perspectiva procesal no obliga a seguir el criterio indicado y que es posible afirmar, en cuanto a la causalidad, que en los tipos se pueden formar «espacios en blanco» que se integren a través de la «facticidad» del criterio en los círculos de especialistas a los que se reconoce con autoridad (25).

(20) *El caso de la colza*, cit., pp. 130-131. Sin duda, en todas estas conclusiones está latente el problema de la decisión frente al principio *in dubio pro reo* (cfr. *loc. cit.*, pp. 73-75).

(21) Manfred MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht*, Göttingen, 1980, p. 107.

(22) MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht*, p. 109.

(23) Walter GOLLWITZER, en Peter Rieß (dir.), *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungs-gesetz (Löwe-Rosenberg)*, Berlin, 1987, § 261-52.

(24) GOLLWITZER, *L-R*, § 261-53.

(25) Günther JAKOBS, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin, 1991, 7/12, nota 14.

En cualquier caso, la orientación procesal de las críticas de la doctrina a la «sentencia de la colza» incide en el problema de la manifestación de los conocimientos científicos, pero no lo hace de forma particular en este aspecto mencionado. A esta posición he de referirme a continuación, aunque, en la medida de lo posible, eludiré las cuestiones vinculadas al principio *in dubio pro reo* para tratarlas posteriormente, una vez asentados los límites de la discusión en el proceso.

2. Una primera reflexión ha de dedicarse a la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho en la sentencia del Tribunal Supremo. La resolución alude a la existencia de «una especie de ley penal en blanco que se debe completar con los especialistas de un determinado ámbito científico», pero ésta no es sino una figura en la que, de forma analógica, se intenta describir el «espacio en blanco» formado en el tipo de los delitos de resultado y su mecanismo de integración por los conocimientos de especialistas. No se alude, en cambio, a la fuente de conocimiento que integra el «espacio en blanco» ni, por tanto, al proceso de razonamiento del juez en la integración (26).

Esta interpretación del contenido de la sentencia se ve confirmada en una comparación con las «leyes penales en blanco» en sentido estricto. En efecto, la integración será siempre normativa en tanto requiera una decisión del juez apoyada en una valoración de acuerdo con determinados criterios normativos. Esta decisión es más complicada cuando el juez ha de decidir entre diversos informes contrapuestos y no consista en una mera sustitución del «espacio en blanco» por los conocimientos científicos no discutidos (27). Este último proceso de razonamiento es el que, en principio, resulta aplicable a las «leyes penales en blanco» en un sentido estricto, con cuya creación se pretende la integración de la conducta típica con una determinación legal distinta de la propia ley penal (28). En suma, el aspecto «normativo» de la decisión al que se refiere la sentencia de la colza no implica que la causalidad se considere sin más una

(26) Cfr. JAKOBS, AT, 4/42a, quien emplea la misma palabra citada para la causalidad (7/12, nota 14) en relación con el espacio en blanco (Blankett) que se produce en las leyes penales en blanco.

(27) Pues es claro que en tal caso sólo uno de los criterios de control de racionalidad de la decisión judicial —los conocimientos científicos manifestados en la causa— permite afirmar si la decisión es o no arbitraria. Sobre las reglas de la lógica, los principios de experiencia y los conocimientos científicos como límites en la ponderación de la prueba, GOLLWITZER, en *L-R*, § 261-44 ss.

(28) Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht-Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, 2.ª ed., Tübingen, 1984, 3/56; Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 1985, pp. 124 y 139; Reinhart MAURACH/Heinz ZIPF, *Strafrecht-Allgemeiner Teil-1*, 7.ª ed., 1987, § 8-30; ROXIN, AT, § 5-40.

cuestión de derecho, sino el acento sobre el carácter valorativo de la decisión judicial (29).

La normatividad está vinculada a la formación de la convicción del juez, que no puede apoyarse en la denominada prueba *prima facie* —en la que se produciría una inversión de la carga de la prueba no admisible en el proceso penal (30), sino la carga objetiva y subjetiva de la prueba corresponde al Estado (31)— sino en las máximas de experiencia, que constituyen la base de la apreciación de la prueba (32). La convicción del juez, por tanto, no puede ser real-subjetiva, sino normativo-subjetiva (33), y la normatividad se establece entonces como un límite que permite el control de racionalidad en la formación de ese juicio.

3. Sin embargo, quedaría todavía por explicar la razón por la que en el caso concreto el Tribunal Supremo alude a «las condiciones bajo las cuáles es posible admitir que una ley causal ha sido correctamente

(29) La identificación entre lo «normativo» y lo «valorativo» es usual en la doctrina (cfr. en este sentido BAUMANN/WEBER, *AT*, § 12.II.1a). De una forma particular, esta equiparación se observa en Erik WOLF (*Vom Wesen des Täters*, Tübingen, 1932), quien llega a sostener la normatividad de todos los elementos del tipo porque «en todo caso el juez ha de realizar una valoración subjetivo-normativa en lugar de un juicio o una comprobación objetivo-cognitiva» (p. 23). Sobre su significación en la teoría del tipo penal, GRÜNHUT, «Metochische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft», *Frank-Festgale*, cit., p. 22; Erik WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, Breslau, 1931, pp. 22 ss. En relación con el tema de la causalidad, reiteradamente Klaus VOLK en «Kausalität im Strafrecht», *NSiZ-1996*, pp. 95 ss.

(30) En Alemania se admite esta forma de prueba en el proceso civil y en materia de causalidad considerando que es suficiente probar las circunstancias que, según el desarrollo normal de las cosas, causan un efecto idéntico al que se ha producido. Cfr. el informe sobre la causalidad en el Derecho civil alemán de Eugen SCHWEINBERGER, publicado en *Faute et lien de causalité dans la responsabilité délictuelle*, París, 1983, pp. 159 ss., y en particular p. 205, quien, sin embargo, considera que no se trata de una inversión de la carga de la prueba. Este sistema es similar a la utilización de las presunciones en el proceso civil italiano (cfr. el informe de Héléne COURTOIS, en *Faut el lien*, cit., p. 158) o francés (cfr. el informe de Dominique COUDERT y Régis FOUQUES-DUPARC, *op. cit.*, p. 58). Por lo general, se constata en el derecho comparado que las exigencias iniciales de prueba de la causalidad en el proceso civil sobre el demandante se ven atenuadas por procedimientos diversos, como la previsión de un grupo más o menos numeroso de casos especiales en los que se establece expresamente la inversión de la carga de la prueba (Dinamarca, *op. cit.*, p. 225) o la utilización de conceptos amplios de causa (Bélgica y Luxemburgo, *op. cit.*, p. 94).

(31) VOLK, *NSiZ-1996*, p. 107. Cfr. la interesante función que reconoce a la prueba de apariencias (*Anscheinsbeweis*) en el marco del proceso penal, al señalar que se trata de una forma de la prueba de indicios y que no afecta a la carga de la prueba como sucede en el proceso civil, puesto que el juez tiene aquí competencia para la prueba y para la «contraprueba» (sobre este último aspecto, en nota 10).

(32) Klaus e Inge TIEDEMANN, «Zur strafrechtlichen Bedeutung des sogenannten kontrollierten Versuches bei der klinischen Arzneimittelprüfung», en *Festschrift für Rudolf Schmitt*, Tübingen, 1992, pp. 139 ss., en particular p. 148.

(33) Wolfgang HOFFMANN-RIEM, «Anscheingefahr und Anscheinverursachung im Polizeirecht», en *Festschrift für Gerhard Wacke*, 1972, pp. 327 ss., en particular p. 339.

formulada» como una cuestión normativa (valorativa) diferente de «la científicidad natural de los datos», pues esta distinción de planos es la que permite configurar la primera como una «cuestión de derecho».

La explicación, sin embargo, no parece excesivamente complicada si se contemplan dos vertientes que, por otra parte, son complementarias. La sentencia del Tribunal Supremo se dicta resolviendo un recurso de casación, al que están vedadas las cuestiones de hecho y que ha de limitarse al conocimiento de cuestiones de derecho (34). En otras palabras: sólo la configuración de la decisión de la causalidad como una cuestión de derecho en cuanto a la necesidad de su vinculación a criterios racionales hacía posible su examen en la casación (35).

El problema de fondo en el sentido indicado antes no es, por ello, un presupuesto directamente vinculado a la distinción de las cuestiones de hecho y de derecho en el caso, sino más bien con la reflexión sobre los límites en la ponderación de la prueba. Como se indicó, este punto de vista encuentra sin duda respaldo argumental en las decisiones judiciales sobre la exigencia de racionalidad en la apreciación de la prueba, que han asentado los límites del tribunal que pondera la prueba practicada en las reglas de la lógica, los principios (o máximas) de la experiencia y los conocimientos científicos (36). En realidad, la cuestión de derecho a la que alude la sentencia no es la causalidad como elemento del tipo, sino tan sólo «la cuestión normativa de las condiciones bajo las cuáles es posible admitir que la ley causal ha sido correctamente formulada» (37) y, por

(34) En un sentido amplio: cuestiones de carácter normativo, pues una separación estricta entre cuestiones de hecho y de derecho como la defendida tradicionalmente en el positivismo no sería aceptable. La explicación de BACIGALUPO, en «Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación», en *ACDP-1988*, pp. 365 ss. es contundente, y afecta también al denominado «error de hecho» del artículo 849.2 de la LECr, pues es evidente que esta vía está también a aquellos casos en los que el contenido del documento es vinculante para el tribunal; es decir, en aquellos casos en que el tribunal de instancia ha infringido las exigencias normativas de racionalidad en la ponderación de la prueba que le imponían la aceptación de aquél. En este caso, la limitación respecto a los informes periciales (límite de los conocimientos científicos) o la exclusión de las declaraciones de testigos o acusados (imposibilidad de control normativo sobre la credibilidad de las declaraciones) son la confirmación de este criterio. En relación con los límites del tribunal de casación en el control de la ponderación de la prueba, GOLLWITZER, *L-R*, § 261-178.

(35) STS 23 abril 1992, FJ 2 *b*). Una mera cuestión de hecho no tendría acceso como tal a la casación; sin embargo, la infracción de los límites en la ponderación de la prueba es en sí misma revisable como cuestión de derecho. Sobre este punto, PAULUS, en *KMR-Kommentar zur Strafprozeßordnung-1* (MULLER/SAX/PAULUS), Frankfurt, 1987, § 244-27 a 33.

(36) Entre otras muchas, cfr. STS 22 septiembre 1992. Proporciona una enumeración diferente en la que las afirmaciones generales alcanzadas inductivamente a partir de los resultados de las investigaciones científicas se incluyen entre los principios de experiencia como exigencias racionales en la ponderación de la prueba, PAULUS, en *KMR*, § 244-157 y 169.

(37) STS 23 abril 1992, FJ 2 *c*) *ee*).

ello, los límites en la ponderación de la prueba. La existencia de unos límites más estrictos desde la perspectiva del principio *in dubio pro reo* y el efecto que sobre las condiciones en las que la causalidad se presenta como elemento del tipo son problemas que no quedan todavía resueltos y que serán examinados más adelante.

4. Una vez delimitado el planteamiento en el marco de la casación, es posible abordar el problema de las referencias a la prueba indiciaria. Desde luego, no es discutible la afirmación de que «en este punto se hallan los tribunales completamente vinculados a las investigaciones y a los conocimientos científicos» (38), pero esta limitación es común a la apreciación de toda prueba, aun cuando ésta sea directa (39). En mi opinión, la necesidad de inferencia entre causa y efecto postulada por Paredes Castañón (40) es una exigencia del razonamiento que, por lo general, se ha de plantear el perito y que éste resuelve. Si la ponderación de la prueba está basada en criterios racionales —no se aparta de los conocimientos científicos—, la decisión del juez acogerá las conclusiones científicas de forma directa y ese proceso no requiere que aquél acuda a un proceso de inferencia (41). No obstante esta discrepancia en el punto de partida, creo posible examinar cuál es el efecto que en las críticas se ha querido dar a las observaciones sobre la prueba indiciaria sin modificar la base del razonamiento de Paredes Castañón.

(38) PAREDES CASTAÑÓN, *El caso de la colza*, cit., p. 71.

(39) Pues en realidad no se trata de un tipo de prueba distinta de la prueba directa, aunque es evidente que la fundamentación en la sentencia adquiere un peso especial (GOLLWITZER, *L-R*, § 261, 60). En efecto, también la ponderación de la declaración de un testigo presencial de los hechos ha de estar sometida a los conocimientos científicos seguros: si A declara que vio que R disparó sobre C a las tres en punto de un día determinado, y los peritos afirman que es imposible que C recibiese el disparo ese día y a esa hora, el tribunal no podría otorgar credibilidad a esa declaración, puesto que la conclusión sobre la hora del impacto depende de esa fuente de conocimiento. Sobre la necesidad de acudir a esa fuente, GOLLWITZER, *L-R*, § 261-51.

(40) *El caso de la colza*, cit., pp. 64-65.

(41) Por tanto, la causalidad no es siempre extraída de una prueba indiciaria. Cuestión distinta es la planteada por informes contradictorios, y especialmente cuando estos informes —como se suele considerar que sucedía en el caso de la colza— pueden presentar algunos límites en la explicación de los acontecimientos. En estos casos el tribunal tendría que acudir a un razonamiento más complejo en el que se empleen inferencias para acoger alguna de las explicaciones científicas, si se le reconoce competencia para hacerlo (como ya se dijo, en contra, MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht*, p. 109), pero ello no implica en ningún caso que el juez infiera hechos que han de ser considerados en la decisión de forma directa a partir de hechos de significación mediata o indirecta, que es la característica de la prueba indiciaria (cfr. KLEINKNECHT/MEYER, *Strafprozeßordnung*, 38 ed, Munich, 1987, § 261-25).

La prueba de indicios se caracteriza porque la decisión se adopta en función de hechos mediatamente relevantes (42); es decir, los hechos que son directamente considerados en la decisión son inferidos de otros hechos distintos (43). Esta afirmación sería aceptada, por tanto, para todo proceso causal que no puede ser percibido en sí mismo, sino como la sucesión regular de un acontecimiento como causa y otro acontecimiento como efecto (44).

En este sentido, el punto de vista de Paredes Castañón ofrece una dificultad: si la causalidad es siempre un elemento cuya prueba es de carácter indiciario porque no puede ser percibido en la mera observación empírica (45), no puede afirmarse que se trata de una cuestión relativa a la constatación de percepciones sensoriales (46). Es cierto que se hace referencia en este último aspecto a «la aplicación de leyes fenoménicas de finalidad explicativa», pero también lo es que la ley fenoménica a la que se alude es empleada en el razonamiento de la sentencia. Los límites en la percepción de la causalidad antes mencionados afectarían a cualquier sucesión particular de acontecimientos, y el reconocimiento de esos límites supone necesariamente la admisión de que se trata de una decisión normativo-valorativa.

Por otra parte, la referencia al «espacio en blanco» como un aspecto expresamente no descrito en la ley penal es plenamente fundado, pues lo que no puede ser directamente percibido tampoco puede presentar unas características externas que permitan una descripción. Las opiniones que, sobre la base de la necesidad de la prueba de la causalidad en el caso concreto, consideran a la ley general causal únicamente como un punto de referencia virtual (47), permiten confirmar esa idea. En realidad, las reflexiones sobre la prueba de indicios han de llevar necesariamente a la conclusión de que, por ese mismo motivo, la afirmación de la causalidad en el caso concreto dependen de una decisión del observador. La exigencia de control de esa decisión sólo puede llevarse a efecto en los cauces normativos ya indicados y, en consecuencia, la «normatividad» de la cuestión de la causalidad no parece discutible.

En cierto modo, estas consideraciones permiten ya hacer una afirmación, en parte coincidente con el criterio manifestado por Volk al indicar que la solución del problema no se encuentra en el Derecho pro-

(42) Gerald GRÜNWARD, «Die Wahrunterstellung im Strafverfahren», *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, pp. 53 ss., en particular p. 57.

(43) GOLLWITZER, *L-R*, § 261-60.

(44) GONZÁLEZ LAGIER, «Sobre el concepto de causa», en *PJ-33*, pp. 83 ss., en particular p. 88.

(45) *El caso de la colza*, cit., p. 64.

(46) *El caso de la colza*, cit., p. 62.

(47) VOLK, *NSiZ-1996*, p. 108.

cesal (48). En mi opinión, la solución final no puede prescindir de las reglas de la prueba en el proceso, pero es evidente que estas reglas, en tanto afectan a la prueba de hechos, no pueden actuar de forma precisa sin determinar el contenido dogmático de las leyes que tipifican esos hechos como un supuesto (*Tatbestand*).

IV. LA BASE CIENTÍFICA EN LA DETERMINACIÓN DE LA CAUSALIDAD

1. En primer término, es necesario precisar una cuestión de carácter terminológico. Aunque las referencias a las relaciones de causalidad se denominen «leyes», en realidad se construyen, en el ámbito de las ciencias naturales, de forma inductiva. Por tanto, si en el ámbito de la inducción no hay ninguna ley absolutamente segura, tampoco puede haberla, por tanto, en relación con la causalidad, puesto que las leyes causales no son susceptibles de verificación concluyente, al no ser posible su observación en ningún caso (49), y no existen reglas que conduzcan automáticamente de los hechos observados a las leyes (50). Sin embargo, es posible hablar de causalidad en un sentido estadístico cuando existe una alta probabilidad de que un suceso A debe provocar un suceso B (51) y puede hablarse en esos casos de una necesidad natural, en tanto que los fenómenos asociados sean lógicamente independientes (52).

Por tanto, si los «hechos» sólo pueden ser cualificados como lógicamente relevantes o irrelevantes por referencia a una hipótesis dada (53), debe afirmarse que la ley causal es una hipótesis que ha de ser creíble en relación a una información (54).

2. La consideración de la causalidad como elemento del tipo puede responder a diferentes explicaciones. Por una parte, en la doctrina se ha afirmado que la ley causal general es un elemento del tipo (55), aun-

(48) *NSiZ-1996*, p. 108.

(49) GONZÁLEZ LAGIER, *PJ-33*, pp. 98 y 101.

(50) STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 219.

(51) Helmut SEIFFERT, *Einführung in die Wissenschaftstheorie*, Munich, 1971, pp. 174-175. A diferencia de lo que sucede en las matemáticas, pues allí el método deductivo permite una absoluta seguridad en la consecuencia. Paradójicamente, el concepto de causa se ha desarrollado en la filosofía de la naturaleza y no es aplicable a las cadenas deductivas de las matemáticas y de la lógica formal (loc.cit. y sobre el método deductivo en las matemáticas, en pp. 105 ss.).

(52) GONZÁLEZ LAGIER, *PJ-33*, p. 97.

(53) Carl G. HEMPEL, *Filosofía de la Ciencia Natural* (original 1966), Madrid, 1983, p. 29.

(54) HEMPEL, *Filosofía*, cit., pp. 74-75.

(55) Considera que es un elemento del tipo punible objetivamente Karl ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931, p. 4) y que es un elemento general del tipo en Derecho penal Armin KAUFMANN en

que también se ha mantenido que sólo puede quedar inmersa en el tipo la causalidad del caso concreto (56). Por otro lado, en el planteamiento del problema, Engisch ya había indicado otra alternativa en un sentido diferente: el concepto de causalidad puede mantenerse como un elemento descriptivo del tipo penal que haya de determinarse de acuerdo con el uso del lenguaje o con las definiciones de la ciencia o la filosofía; o bien puede ser «transformado» desde un punto de vista normativo en consideración a las consecuencias jurídicas de la pena (57).

En cualquier caso, puede llegarse a una conclusión previa sobre la base de la vinculación a las exigencias de racionalidad en la ponderación de la prueba a la que se ha hecho referencia anteriormente: la comprobación de la causalidad como elemento del tipo requiere una base en principios de experiencia (58), y, en tanto su averiguación sea más compleja, en conocimientos científicos aportados al proceso (59).

3. En este aspecto, las críticas a la sentencia de la colza han incidido fundamentalmente en la insuficiencia de «una conexión meramente probabilística» y de los conocimientos que proporcionaba la epidemiología (60).

Desde este punto de vista, la comprensión de la estadística como una simple aproximación de probabilidad sólo puede apoyarse en la idea de que la constatación de un número representativo de casos de correlación entre causa-resultado es insuficiente para establecer esa relación con carácter general. Si esa tesis se sostiene en el ámbito científico resultaría evidente que se prescinde de su función en el ámbito del método inductivo, y que se estaría hablando de una estadística «del lego», en la que se parte de la comprensión íntegra y directa de todos los elementos pertenecientes a un determinado conjunto, como sucede en la estadística eco-

«Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren-Folgerungen für das geltende Recht und für die Gesetzgebung», en *JZ-1971*, pp. 569-576, en particular p. 573).

(56) Lothar KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1989, p. 66.

(57) ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., p. 7.

(58) Así sucede en casos en los que están involucradas leyes causales más o menos complejas, en las que sin necesidad de ser científicas, podemos asegurar que en condiciones normales se cumplen y son verdaderas: si frotamos una cerilla con el papel de lija de su caja esperamos que se encienda, salvo que esté húmeda (condiciones no normales). En este sentido, y con otros ejemplos, GONZÁLEZ LAGIER, *PJ-33*, p. 91.

(59) Esta consecuencia se produce tanto si se alude a la ley general o a la causalidad en el caso concreto, pues es función del perito tanto proporcionar conocimientos sobre principios abstractos de experiencia o reglas de la lógica como prestar su auxilio para extraer conclusiones de los hechos sobre la existencia o inexistencia de otros (cfr. PAULUS, *KMR*, notas previas al § 72-16).

(60) PAREDES CASTAÑÓN, *El caso de la colza*, cit., pp. 130-131, más extensamente citado en el apartado II.2 de este trabajo.

nómica o social (61). Pero, en esa función, precisamente la «estadística de investigación» permite la obtención de conclusiones a partir de menos elementos que los que forman el conjunto, que, en cualquier caso han de ser representativos (62).

Es cierto que este último elemento es decisivo, puesto que, en tanto pueda afirmarse que los casos utilizados como base de la investigación no son representativos, las conclusiones de la misma carecerían de legitimidad. En ese caso, no se habrían respetado las exigencias del empleo de la estadística en el método inductivo y, por ello, no sería aceptable una ley causal formulada sobre esa comprobación.

Sin embargo, los presupuestos aceptados en la STS de 23 de abril de 1992 son precisamente los contrarios. Las investigaciones epidemiológicas que afirmaban que el aceite de colza era la causa del síndrome tóxico partían de la comprobación de un número representativo de casos en los que se producía la correlación, y éste era el argumento que se formulaba expresamente como base de la sentencia de casación. Por ello, resulta evidente que el marco de discusión vuelve a ser normativo, pues no existiría dificultad en admitir, desde un punto de vista científico, una ley natural que relacionase la ingestión de aceite como causa y el síndrome tóxico como consecuencia. En ese ámbito, la hipótesis podría ser modificada con avances científicos; pero lo que hace surgir la duda es el efecto de la imputación en el derecho penal –la pena– y ello lleva a exigir un mayor grado de certeza en la valoración jurídica (63). Es decir, a considerar la cuestión de la causalidad en una perspectiva normativa.

Por otra parte, una opción radical frente a las leyes probabilísticas puede llevar también a problemas inquietantes desde el punto de vista jurídico. En efecto, existen disciplinas en las que las conclusiones alcanzadas se fundan principalmente en la probabilidad, como es el caso de la biología, y por ello, nunca podrían tener relevancia penal todos los eventos lesivos que pueden ser atribuidos a acciones sólo a través de una ley biológica (64). En cualquier caso, estos problemas han de ser tratados de nuevo en el momento de abordar el examen de las relaciones entre la afirmación de causalidad y el principio *in dubio pro reo*.

4. En la crítica de Paredes Castañón se hace mención de la falta de explicación de que en algunos casos el aceite no produjo el síndrome tó-

(61) SEIFFERT, *Einführung*, cit., p. 168.

(62) *ibidem*.

(63) Sólo en este sentido puede entenderse la siguiente afirmación de PAREDES CASTAÑÓN: «Todo esto obliga, en mi opinión, a utilizar en Derecho penal (y probablemente en cualquier tipo de razonamiento práctico) un concepto más «fuerte» de explicación causal que no limite su fundamento a la subsunción en una ley epistemológicamente válida» (*El caso de la colza*, cit., p. 103).

(64) STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 32.

xico (65). Sobre este punto, será necesario examinar si, desde la perspectiva del método científico, era indispensable esta explicación para formular la ley causal.

a) Por un lado, se encuentra la afirmación de que la ingestión del aceite provocaba el síndrome tóxico era una ley y no una generalización accidental. En efecto, su enunciado podía servir para justificar condicionales contrafácticos (66) mediante comprobaciones complementarias (67): la consideración de que en los casos en los que se constató la sintomatología de la enfermedad se había producido ingestión del aceite y la confirmación de que, una vez retirado del mercado el aceite, dejaron de producirse nuevos casos de la enfermedad. Es evidente, por ello, que el obstáculo mencionado por Paredes Castañón no está relacionado con esta característica propia de una ley universal.

b) Es también exigencia de la ley que pueda servir de base a una explicación. Desde una perspectiva crítica, podría afirmarse que no es posible una explicación si no se señala por qué el mismo fenómeno no provocó siempre un efecto similar.

Sin embargo, la comprensión de la ingestión del aceite como condición relativa explica perfectamente que ciertas características biológicas de las personas que determinan su mayor o menor susceptibilidad al aceite de colza forman parte del contexto causal (68). En realidad, las conclusiones están vinculadas a la aceptación de que la investigación científica es inductiva en un sentido amplio, en tanto que implica un apoyo inductivo proporcionando cánones de validación para la aceptación de hipótesis formuladas (69). Si la hipótesis presentada no excluye que el resultado pueda ser favorecido o incluso excluido por la presencia de otras condiciones –porque formula una condición relativa– en el caso concreto, la excepción no puede implicar la supresión de la hipótesis, puesto que aquélla está incluida en ésta.

La ley causal permitía dar una explicación a los efectos producidos, puesto que la adulteración del aceite y el tratamiento posterior que se dio al aceite adulterado permiten relacionar la intoxicación y el hecho de que

(65) *El caso de la colza*, cit., pp. 130-131. Se añade la ausencia de otros métodos de investigación que aporten leyes deterministas, pero esta cuestión, como ya he dicho, está básicamente vinculada al problema del *in dubio pro reo*, y a ella me he de referir en su momento.

(66) HEMPEL, *Filosofía*, cit., p. 88.

(67) GONZÁLEZ LAGIER, *PJ-33*, pp. 97-98.

(68) GONZÁLEZ LAGIER, *PJ-33*, pp. 99-100 y 103. La referencia a que la condición no ha de ser necesaria ha de estar referida al contexto de la configuración de la ley causal natural, como se ha de ver más adelante.

(69) HEMPEL, *Filosofía*, cit., pp. 60-61.

sus efectos fuesen en cierto modo atípicos. En cierto modo, la atipicidad de la patología ofrecía también una explicación aproximada de las excepciones sobre la base de diferentes características del consumidor del aceite, pese a que la explicación de las excepciones no es un elemento de la propia ley, sino una característica propia de la teoría que explica la ley causal, que muestra el ámbito limitado en la aplicación de ésta (70). En este sentido, la configuración de la ley causal sobre la base del establecimiento de una condición relativa no podría considerarse afectada por aproximaciones insuficientes en la explicación de las excepciones, en particular cuando los contrafácticos causales han sido comprobados correctamente.

La cuestión, por tanto, queda desplazada del ámbito de la construcción de la ley causal y subordinada a un aspecto valorativo: el grado de exactitud exigido en la delimitación de las características de estas excepciones para obtener unas conclusiones de imputación normativa y su relación con el principio *in dubio pro reo*.

V. LA CONVICCIÓN DEL TRIBUNAL Y EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

1. Las afirmaciones de que en los casos en que sea imposible doctrina ha discutido la posición de los tribunales cuando, sobre estos presupuestos, han decidido afirmar la existencia de causalidad pese a la situación de *non liquet* que se presentaba ante la discrepancia entre los especialistas.

En esta dirección se orientan las conclusiones de Maiwald, apoyadas en una clara fundamentación procesal. En su opinión, la correlación estadística entre la ingestión y la enfermedad es un indicio especialmente fuerte para que el tribunal pueda afirmar la existencia de causalidad (71), pero ello no puede llevarle a admitir la causalidad cuando existen opiniones contradictorias entre los especialistas (72). En efecto, el tribunal puede pasar por alto determinados informes con una fundamentación plausible, aunque la dificultad inicial en este aspecto se encuentra en la delimitación de fundamentos plausibles en el punto esencial de las ciencias naturales (73).

Unos razonamientos similares ofrecen otros autores que se han referido a esta cuestión, como Kuhlen o Samson. Kuhlen llega a la misma conclusión que Maiwald, aunque se apoya en la fortaleza del indicio que

(70) HEMPEL, *Filosofía, cit.*, p. 115.

(71) *Kausalität und Strafrecht*, p. 93.

(72) *ibidem* y p. 109.

(73) *Kausalität, cit.*, p. 109.

representa la ausencia de explicaciones alternativas (74). Por su parte, Samson (75) discute fundamentalmente el criterio de la exclusión de otras explicaciones en casos en los que no es conocido el ciclo causal concreto, pues ello exigiría, en su opinión, que todas las circunstancias de esas otras causas deberían ser conocidas de forma absoluta y concluyente, y que debería ser comprobado que ninguna de estas circunstancias se da en el caso examinado.

También Armin Kaufmann entendió que la decisión del tribunal debería optar por la absolución, pues la ley causal natural, necesaria para la subsunción en el tipo penal, no existe si no es «objetivamente cierta» (76). Esta posición no implica que el tribunal no pueda optar por varios informes especializados divergentes con carácter general, sino que esta posibilidad se excluiría sólo en el supuesto de comprobación de la causalidad como elemento del tipo. Mientras una prueba dactiloscópica posibilita la comprobación, por ejemplo, de que el acusado tuvo en la mano el arma homicida –es decir, prueba su relación con los hechos de forma mediata–, la aplicación de la ley causal natural lleva inmediatamente a la comprobación de un elemento del tipo (77).

El apoyo de esta posición en la estructura del tipo de resultado ha inclinado a la doctrina a denominarla jurídico-material y a oponerla en este aspecto a las soluciones anteriores (78). En mi opinión, la pretendida controversia entre las concepciones sustantiva o procesal del principio *in dubio pro reo* (79) no impide un tratamiento unitario del problema desde el punto de vista de la compatibilidad de las soluciones con el principio.

2. La crítica de Paredes Castañón en relación con la vulneración del principio *in dubio pro reo* parece enmarcarse en esta línea. No obstante, pueden resaltarse algunos aspectos particulares que revisten especial interés en su argumentación.

En su opinión, la aplicación del principio *in dubio pro reo* procede en dos niveles diferentes: en los «casos en los que sea imposible, por la naturaleza de la materia, obtener un conocimiento causal suficiente, in-

(74) *Fragen*, p. 74.

(75) Erich SAMSON, «Probleme strafrechtlicher Produkthaftung», en *Strafverteidiger* 4/1991, pp. 182 ss., en particular p. 183.II.

(76) *JZ-1971*, p. 574.II.

(77) Armin KAUFMANN, *JZ-1971*, p. 574.II.

(78) KUHLEN, *Fragen*, p. 65. Cfr. también JAKOBS, *AT*, 7/12, quien en la nota 14 alude una cierta contraposición de perspectivas entre Armin KAUFMANN y MAIWALD, y se refiere a ésta última como una «solución orientada en un sentido jurídico-procesal».

(79) Cfr. al respecto Wolfgang FRISCH, «Zum Wesen des Grundsatzes *in dubio pro reo*», en *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft-Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin, 1974, pp. 273 ss., en particular p. 273.

cluso después de realizarse investigaciones científicas con las garantías suficientes», el juez se verá obligado a aplicar el principio *in dubio pro reo*; en el resto de los casos «en los que una investigación científica sería puede llegar a obtener conocimientos causales suficientes (...) deberían ser consideraciones de política jurídico (procesal) las que determinarían hasta qué punto hay que optar por aplicar también el principio *in dubio pro reo*, renunciando a buscar una atribución satisfactoria de responsabilidad penal, y en qué supuestos (...) es preciso llegar hasta el final (...)» (80). En este último nivel alude a una «matizada aplicación del principio de oportunidad procesal» (81).

En el tratamiento concreto de la sentencia de la colza, afirma que la falta de explicación de los casos anómalos a los que se ha aludido anteriormente supuso «una flagrante violación del principio *in dubio pro reo*, dado que la decisión judicial ocultó bajo el manto de las regularidades estadísticas el hecho de que el *dubium* persistía», y «no es suficiente con que conceptualmente puedan imaginarse razones para estas “excepciones”» (82).

3. En primer término, resulta discutible la relación que se pretende establecer entre el principio *in dubio pro reo* y el principio de oportunidad. Por lo general, se suele considerar que el principio de oportunidad supone esencialmente la otra cara de la moneda del principio de legalidad (83) y sus determinaciones legales constituyen excepciones de este principio (84). Precisamente, uno de los requisitos del § 153 *StPO* es la «culpabilidad insignificante» del autor (85), lo que implica que depende de criterios de enjuiciamiento y valoración del comportamiento (86).

Esta dependencia demuestra que la relación pretendida entre el principio *in dubio pro reo* y el principio de oportunidad no existe, pues en la decisión respecto a la oportunidad no existen criterios vinculados a la duda del juzgador, sino a la ausencia de relevancia del comportamiento a cuya persecución se renuncia. Esta conclusión está determinada por las mismas premisas de las que parte Paredes Castañón al afirmar que el criterio que propone ha de aplicarse a casos «en los que una investigación científica puede llegar a obtener conocimientos causales sufi-

(80) *El caso de la colza*, cit., pp. 123-124.

(81) *El caso de la colza*, cit., p. 124.

(82) *El caso de la colza*, cit., p. 131. La última afirmación, en nota 254 frente a la opinión de GONZÁLEZ LAGIER (*PJ-33*, p. 103) que ya se expuso anteriormente.

(83) KLEINKNECHT/MEYER, *StPO*, § 152-7, pues implica la excepción de la obligación de ejercitar la acción respecto a hechos en los que se dan las exigencias requeridas para que sean perseguidos (*loc. cit.*).

(84) MÜLLER, *KMR*, § 153-1.

(85) Cfr. al respecto KLEINKNECHT/MEYER, *StPO*, § 153-2 ss. o MÜLLER, *KMR*, § 153-2 ss.

(86) KLEINKNECHT/MEYER, § 152-7.

cientes» (87). En estos casos, la duda del juez podría incluso apartarse de los conocimientos científicos –según el nivel de certeza de estos conocimientos– y, por ello, ser arbitraria, de modo que la aplicación del principio *in dubio pro reo* queda fuera de lugar. Es evidente, por tanto, que la función del principio de oportunidad es independiente de la eficacia del principio *in dubio pro reo* y, en cualquier caso, del problema de la prueba de la causalidad.

4. Un segundo problema es el de la persistencia de la duda «bajo el manto de las regularidades estadísticas». La conclusión de que el juez debe mantener en estos casos la duda deriva de la falta de explicación de las excepciones y, en particular, de la insuficiencia de lo que denominaría Paredes Castañón «razones conceptualmente imaginadas». La cuestión planteada tiene un extraordinario interés, como había mostrado Samson al mantener que las otras causas debían ser conocidas de forma absoluta y concluyente (88), pues en un proceso lógico ello implica que el proceso que determina la excepción exige también un conocimiento absoluto. En efecto, la posición que en el proceso presenta una causa distinta de la que puso en marcha el acusado es la misma que la de los casos en los que la concurrencia de la causa que puso en marcha el acusado no coincide con el resultado cuya imputación se discute, ya que se trata de elementos de los que el juez no puede prescindir para poder construir la ley causal. Precisamente éste es el punto en el que se apoya el TS al afirmar que «se debe considerar que existe una ley causal natural cuando, comprobado un hecho en un número muy considerable de casos similares, sea posible descartar que el suceso haya sido producido por otras causas». El núcleo de la cuestión se encuentra, por tanto, en la argumentación que debe ser admitida para el rechazo de «otras causas», incluidas también las que podrían determinar las excepciones. No puede olvidarse que, pese a que este proceso de exclusión tiene tan sólo una función auxiliar en tanto se convierte en convicción de verdad lo que antes era una alta probabilidad, en casos de discusión en la esfera de los científicos se reconoce –aunque de forma excepcional– que la exclusión de otras causas alternativas que pudieran mantenerse como plausibles llegaría a tener éxito (89).

Desde la perspectiva de una comprobación empírica, si se intenta ofrecer garantías para afirmar la ley de causalidad cuando se desconoce el mecanismo causal concreto, no cabe la exigencia del conocimiento de ese mecanismo causal, pues entonces el presupuesto sería negado en las

(87) El caso de la colza, *cit.*, p. 123.

(88) *Str.Vert.1991*, p. 183.II.

(89) Cfr. VOLK, *NStZ-1996*, p. 110. En cierto modo, y pese al fundado rechazo de una solución procesal, la solución de VOLK vuelve a estar vinculada a las reglas de formación de la convicción en el proceso.

consecuencias. Por tanto, es evidente que el rechazo de otras causas o la explicación de las excepciones no pueden estar relacionados con el mecanismo causal, sino con elementos diferentes. En este sentido, en cuanto el rechazo de otras posibles causas sólo puede mantenerse respecto a su origen o a su influencia en la enfermedad, y en cuanto a esta última posibilidad, de forma muy limitada por el desconocimiento del mecanismo causal. En el «caso del aceite de colza» al que se ha hecho referencia, ello significaría que las explicaciones respecto a las del accidente de armas químicas o de la contaminación de los tomates deberían ser excluidas como concurrentes en el caso porque el tribunal puede negar su existencia (90).

El mismo límite se encuentra en las excepciones, pues también aquí la exigencia del conocimiento del mecanismo causal volvería a ser una petición de principio. La explicación de estas excepciones, por tanto, ha de tener en cuenta su presupuesto. Es decir, se trataría de explicar por qué en determinados individuos la ingestión del aceite no produjo la enfermedad que sí se manifestó en un número importante de casos. Si se desconoce el mecanismo causal de la enfermedad sólo cabe una explicación sobre la base lógica de la diferencia en los distintos elementos: las distintas condiciones fisiológicas de los individuos explican un efecto diferente en casos excepcionales. Si esta explicación es admisible en el ámbito científico puede ser, sin duda, aceptada por el tribunal. En este caso, el ámbito científico que puede explicar la excepción –la epidemiología– está fundado en bases estadísticas y parte del presupuesto de la diferencia, de modo que la afirmación de la ley causal desde el punto de vista de la epidemiología permite afirmar la explicación de las excepciones.

5. Las consideraciones precedentes permiten alcanzar una conclusión respecto a la estructura del razonamiento de la decisión y la exclusión de las dudas: la defensa de la aplicación del principio *in dubio pro reo* ha de tener una cierta coherencia interna. Desde una perspectiva lógica, no es correcto afirmar que la falta de percepción del mecanismo causal puede ser subsanada con la exclusión de otras causas y la explicación de las excepciones y exigir simultáneamente para esta explicación la percepción de la ausencia del mecanismo causal en otras causas y en las excepciones. Por tanto, si se acepta la posibilidad de subsanar la falta de observación material del principio causal, desde un punto de vista lógico, la exclusión de otras causas y la explicación de las excepciones pueden estar respaldadas por comprobaciones distintas de la observación sensorial del mecanismo causal.

(90) Este es el sentido del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, pese a la equívoca expresión utilizada (cfr. en *Dos sentencias*, cit., p. 132) cuando indica que «no consta (...) accidente con armas químicas» y que «no consta (...) el envenenamiento de tomates».

VI. LA CAUSALIDAD COMO ELEMENTO DEL TIPO

1. Los comentarios de Muñoz Conde a la sentencia presentan un matiz particular, pues su opinión no discrepa finalmente de la sentencia. Tras asumir que no existiría inconveniente en aceptar la tesis de formación de la ley causal natural que mantiene el TS, señala que «en un proceso penal la determinación de la responsabilidad individual obliga a conectar el resultado con una determinada acción humana y (...) es ésta y no la relación causal la que es objeto de reproche o reprobación penal» (91). La configuración del proceso como enjuiciamiento del comportamiento concreto del acusado es, en este sentido, obvia, pues lo que se pretende en cualquier caso es comprobar si el factor introducido por el acusado es o no causa del resultado. Sin embargo, esta visión permite constatar una cierta conmoción que surge ante la aparición de elementos normativos de valoración en la descripción de la ley causal, pues ésta había mantenido una evidente función naturalística en una teoría de la imputación apoyada en criterios normativos.

2. En realidad, el contenido originario de la introducción de la idea de causalidad en el Derecho penal corresponde a un proceso de racionalización, que rechaza que la aceptación de que una consecuencia real hubiera sido originada por una acción con la que no existe conexión causal y racional (92). De hecho, en ocasiones se quiso ver en el punto de partida de las teorías de la causalidad la mera comprobación en ciertas acciones de la «tendencia a la producción de un resultado» (93). Por ello, se consideró que no era útil un concepto científico de causa principal (*Hauptursache*), y se concebía como un concepto heterogéneo, a la vez que se cuestionaba que, sobre la idea de condición como presupuesto de la imputación penal, fuese posible la determinación de reglas que permitieran algo más que un cierto equilibrio de las decisiones en la práctica (94). La relevancia que, en estas discusiones, se atribuía a la cuestión de si la existencia de las condiciones dependía de una demostración positiva o negativa de su relación causal con el resultado (95) ponía de ma-

(91) *La responsabilidad*, cit., p. 93. Mas extensamente sobre esta crítica en el apdo. II.1.

(92) Viktor ACHTER, *Geburt der Strafe*, Frankfurt a. M., 1951, p. 17.

(93) En este sentido, VON KRIES, en «Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit im Strafrechte», en *ZStW 9 (1889)*, pp. 528 ss., en particular p. 535, en relación con la concepción de la causalidad de VON BURI. No obstante, es evidente que la idea de tendencia era, desde el punto de vista de VON KRIES, un elemento decisivo para determinar la adecuación de la causa en la perspectiva de la «posibilidad objetiva» (en este sentido, ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., pp. 45-46).

(94) VON KRIES, *ZStW-9*, p. 533.

(95) En este aspecto, puede observarse la defensa de VON BURI frente a las críticas de BIRKMEYER, en *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, 1885, pp.2 ss., y sobre todo en p. 4.

nifiesto que la causalidad no es un principio de explicación, sino un presupuesto de la responsabilidad (96) o, en términos utilizados posteriormente, el fundamento de la imputación (97).

3. No obstante, esta consideración de la causalidad no resuelve la cuestión de si la ley natural ha de ser concebida como una ley de necesidad o como una ley de probabilidad (98). En cualquier caso, aunque la exigencia de que haya de ser comprobada en los hechos concretos implica que la pretendida necesidad no puede ser percibida, el carácter de ley en los hechos debe estar apoyada no sólo en su percepción, sino también en su adecuación empírica (99). Esta conclusión ha de mantenerse aunque se pretenda negar que la ley causal general es un elemento del tipo y que, en el ámbito de la tipicidad, sólo puede quedar inmersa la causalidad del caso concreto (100), pues en cualquier forma subsiste la necesidad de comprobación en el proceso conforme a conocimientos de experiencia.

Sin embargo, debe atenderse al hecho de que la función propia de la causalidad en el sistema es reconocida sin discrepancias en la base de la imputación, y ello también en las discusiones propias de una teoría de la imputación objetiva (101). En ese sentido, parece claro que el problema se encuentra en la necesidad de prueba en ese nivel de imputación: se consideraría que no es posible comprobar la concurrencia de criterios normativos de imputación ni afirmar la existencia de causalidad sin que se haya probado previamente la existencia de una ley natural de causalidad. Ese punto de partida parece correcto, y el problema del nivel en el que se asume el juicio de certeza debería revertir en una segunda cuestión: la comprobación de identidad de ese nivel respecto a casos en que, aunque se imputa un resultado de lesión o de peligro, la imputación no puede estar fundada, en sentido estricto, en la conexión causal entre una acción y un resultado; es decir, en los casos de omisión.

4. La introducción del problema comparativo con la omisión en la discusión de los presupuestos de la imputación no es nuevo en la doctrina (102) y, aunque está vinculado sin duda a la discusión sobre la causalidad en la omisión (103), creo que no resulta necesario entrar directa-

(96) ENGISCH, *Die Kausalität, cit.*, p. 48.

(97) MAIWALD, *Kausalität, cit.*, pp. 80 ss.

(98) ENGISCH, *Die Kausalität, cit.*, p. 23.

(99) ENGISCH, *Die Kausalität, cit.*, p. 24.

(100) En ese sentido, KUHLEN, *Fragen*, p. 66.

(101) En este sentido, ya HONIG, en *Frank-Festgabe*, p. 179, al indicar que el juicio sobre la imputación objetiva es ulterior al juicio sobre la causalidad.

(102) Cfr. ya VON BURI, en *Die Kausalität, cit.*, p. 14-23 ss; HONIG, en *Frank-Festgabe*, pp. 189-194; ENGISCH, en *Die Kausalität, cit.*, pp. 29-32.

(103) Sobre este punto, cfr. también la posición respecto a los conceptos de acción y omisión de SILVA SÁNCHEZ, en *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 127 ss.

mente en esa cuestión. En realidad, como ha señalado Bacigalupo, hoy no se pregunta si la omisión es la causa del resultado, sino si la acción del omitente lo hubiese evitado (104). En este punto, resulta decisiva la tesis de Armin Kaufmann en el sentido de que en la omisión existe una causalidad «potencial», en referencia a la ausencia de la acción omitida (105). En mi opinión, estas posiciones confirman que las referencias a la causalidad en la omisión pueden ser una mera confusión terminológica y que lo problemático es la imputación de un resultado evitable (106).

Sin embargo, es incuestionable que en el marco del proceso se alude a la causalidad con el fin de designar la capacidad del autor para modificar el *status quo* mediante alternativas de comportamiento (107). La respuesta exigida es —como en el caso de la causalidad para los delitos de acción— el fundamento de la imputación en los delitos de omisión. La confusión terminológica a la que se hizo referencia está originada, en realidad, por el intento de designación de un mismo elemento, común a delitos activos y omisivos: el fundamento que permite entrar en la discusión de la imputación del resultado al comportamiento concreto.

5. En mi opinión, un planteamiento correcto exige la adopción de un presupuesto coincidente con algunos sectores de la doctrina desde los que se propugna una posición unificadora de derecho penal sustantivo y derecho procesal penal en una perspectiva metodológica, y que incide de forma particular en la crítica de la separación entre las reglas del proceso y las reglas de la imputación (108) y no puede limitarse al reconocimiento de instituciones con una doble naturaleza (109). Es cierto que en la posición de Neumann los efectos se vinculan a la estructura dialogada del proceso en los niveles de justificación y de exclusión de la culpabilidad, y en particular se desarrolla en este último aspecto (110), pero ello no es obstáculo para que el punto de partida metodológico pueda ser aceptado también en la subsunción de la tipicidad y, en particular, en la

(104) BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, 2. ed, Bogotá, 1983, p. 90; en el mismo sentido, en *Principios de Derecho penal-PG*, 3. ed, Madrid, 1994, p. 262.

(105) ARMIN KAUFMANN, en *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, p. 61.

(106) JAKOBS, *AT*, 29/18.

(107) JAKOBS, *AT*, 29/17. En realidad, esta posición es coincidente en lo esencial con la mantenida por Armin Kaufmann, cuando concluye que la supuesta «cuestión causal» de la omisión está, en la práctica, vinculada a la pregunta sobre la capacidad de acción en un sentido global (*Die Dogmatik*, p. 66).

(108) ULRICH NEUMANN, *Zurechnung und "Vorverschulden"*, Berlín, 1985, p. 277.

(109) Como la cuestión de que existan delitos a instancia de parte o de que sea posible la renuncia a la pena en casos de escasa importancia, en la forma en que se señala por BAUMANN/WEBER, *AT*, p. 37 en relación con el § 177 StGB y el §153 StPO respectivamente.

(110) NEUMANN, *Zurechnung*, pp. 277 ss.

consideración del fundamento de la imputación, como exigencia básica que es sometida a discusión en el proceso.

Por otra parte, al menos desde mi punto de vista, es correcta la equiparación básica entre acciones y omisiones que defiende un sector de la doctrina (111), fundamentalmente a través de la exigencia de la posición de garante en delitos activos (112). Si se acepta esta idea y, por ello, la falta de diferencias sustanciales entre la acción y la omisión, resulta evidente la conclusión a la que me dirijo: no es posible exigir un diferente nivel de certeza (113) en el fundamento de la imputación de la acción y en el fundamento de imputación de la omisión (114). Por tanto, el nivel de certeza requerido para la causalidad ha de ser similar al que se exige para la capacidad de modificar la situación de riesgo con alternativas de comportamiento (115).

(111) Cfr. ya Wilhelm SAUER, en «Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung», en *Frank-Festgabe, cit.*, pp. 202 ss., en particular p. 212: «Es indiferente si el juicio de causalidad o de antijuricidad ha de recaer sobre un movimiento corporal o sobre una omisión».

(112) JAKOBS, AT, 7/50 ss.; también, SÁNCHEZ-VERA, «Intervención omisiva, posición de garante y principio de sobrevaloración del aporte», ACDP-1995 (1), pp. 187 ss.

(113) Cfr. sobre el planteamiento del problema sobre el grado de certeza y sus implicaciones en relación con la tesis del incremento del riesgo, BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, pp. 90-91.

(114) GIMBERNAT ORDEIG, afirma que es imposible establecer «un criterio de seguridad en la cuasicausalidad de la omisión» (Cfr. «Causalidad, omisión e imprudencia», ACDP-1994 (3), pp. 5 ss., en particular, p. 27). En realidad, el planteamiento que propongo como fundamento de la imputación en la omisión se refiere a la capacidad del autor para modificar situaciones de riesgo. La posición de GIMBERNAT parece contraria al punto de partida señalado y también a sus conclusiones. Sin embargo, creo que la discrepancia de principio no conlleva necesariamente consecuencias diferentes, pues se refiere a la necesidad de absolver cuando existe una «mínima duda» y presenta casos en los que no existe discusión científica (la autopsia que señala que existe un 99 por 100 de posibilidades de que el resultado se deba al apuñalamiento, en p. 26). En mi opinión, en esos casos es correcta la solución apuntada por GIMBERNAT si el juez no tiene otros elementos distintos para determinar la causa de la muerte; sin embargo, es diferente el caso en el que el informe, de conclusiones ciertas (es decir, no se trata de probabilidades de certeza), se ha emitido de acuerdo con un método científico que respalda sus conclusiones en estudios estadísticos y cuando el juez puede descartar otras hipotéticas causas.

En mi opinión, la solución que propone GIMBERNAT (p. 41) sobre este punto se encuentra en un nivel diferente de lo que he llamado fundamento de la imputación, y debe discutirse posteriormente, en la comprobación de la imputación objetiva del resultado en la omisión.

(115) Esta conclusión no es, en realidad, dependiente de la equiparación entre acciones y omisiones en sentido estricto. Por el contrario, aunque no se sostuviera esa idea y se mantuviera la tesis tradicional de que el cumplimiento de un deber de actuar es más costoso que el cumplimiento de un deber de omisión, la consecuencia sería todavía más clara: no sería posible exigir menor nivel de certeza en un delito de omi-

6. La conclusión es, a partir de estas consideraciones, evidente. En el fundamento de imputación de la omisión no es posible la percepción sensible que permite una repetición experimental del fenómeno. La certeza sobre la capacidad de modificar la situación por parte del autor ha de estar apoyada en conocimientos que deriven de la experiencia y, en la medida en que sea necesario, en conclusiones de los científicos apoyados en estudios estadísticos, en la medida en que no es posible una reproducción exacta de la situación de riesgo en forma experimental.

En ese mismo orden de consideraciones debe reproducirse el problema en el aspecto de la causalidad en las acciones. La certeza que se apoya en estudios de áreas científicas reconocidas como tales y que encuentran respaldo para sus conclusiones en estudios estadísticos —es decir, que no extrae conclusiones directas de la frecuencia estadística— y que puede rechazar en forma fundada —también conforme a criterios racionales— otras causas que excluirían el fundamento de imputación vinculado al autor, ha alcanzado las exigencias que serían necesarias si se tratase de una omisión. De esta forma, además, se explica la afirmación de que, en una aplicación adecuada de la teoría de la imputación objetiva, la causalidad no proporciona para el tipo criterios normativos (116). La normatividad, por tanto, está referida fundamentalmente a la valoración del juez en el proceso, y no repercute de una forma especial en el dolo del autor, que ha de abarcar también la causalidad de la acción en relación con el resultado (117) en un sentido descriptivo.

La solución apuntada no pretende limitarse a aportar un respaldo dogmático, que sería insuficiente en una consideración global de la imputación en el marco del proceso penal, en particular en una cuestión que ha sido discutida con frecuencia en la perspectiva del principio *in dubio pro reo*. En mi opinión, el doble apoyo procesal y dogmático permite delinear con mayor claridad la difícil separación entre la «libre convicción» o la «convicción en conciencia» y la arbitrariedad (118). La posibilidad de que ambos aspectos puedan ser discutidos sobre la base del texto de la STS 23 abril 1992 y de muchas otras decisiones judiciales implica ya una cierta evolución de la Jurisprudencia en este sentido. Tampoco cabe duda alguna de que este acercamiento entre aspectos procesales y dogmáticos ha sido —y ha de ser en el futuro— uno de los puntos de especial atención de la doctrina.

sión (infracción del cumplimiento del deber de acción) que en un delito de acción (infracción del cumplimiento de deber de omisión).

(116) SCHMIDHÄUSER, *StuB.AT*-5/60.

(117) JAKOBS, *AT*, 8/63. En realidad, los problemas se plantearán en relación con el conocimiento del riesgo que entraña la acción peligrosa y no sobre los cursos causales.

(118) Cfr. sobre este punto BACIGALUPO, *ACDP-1988*, pp. 373-374.

El consentimiento en el Derecho Penal mexicano

ENRIQUE DÍAZ ARANDA

Profesor de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional Autónoma de México.

*A mi querido maestro Enrique Gimbernat Ordeig
por muchas razones, su enseñanza y
apoyo incondicional entre otras*

SUMARIO: Introducción: A) Planteamiento del problema. B) Consideraciones dogmáticas en torno al consentimiento del sujeto pasivo. C) Antecedentes en el Derecho Penal mexicano: 1. La confusión entre consentimiento y perdón del ofendido; 2. Ubicación del consentimiento del sujeto pasivo en el tipo; 3. El consentimiento como causa de justificación.

INTRODUCCIÓN

En 1994 el legislador penal mexicano reformó el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal (1). Entre dichas reformas se encuentra la inclusión del consentimiento del sujeto pasivo, en los términos siguientes:

(1) Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de enero de 1994.

CAPÍTULO IV

CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

.....

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible.
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

Como se puede advertir, el legislador penal mexicano siguió una vía distinta al legislador penal español que optó por otorgar relevancia al consentimiento exclusivamente en los supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual (art. 156 Código Penal español) (2).

(2) Los mismos supuestos se encontraban previstos después de la reforma de 1983 en el artículo 428 del Código Penal anterior. Con ello se mantiene la discusión sobre la eficacia del consentimiento en toda clase de lesiones, como establecía el Proyecto de Código Penal español de 1980, con excepción de aquellas que sean «socialmente reprobables», cuestión en la que no existe unanimidad en la Doctrina penal española. Sobre los primeros intentos de legislar en este sentido ver GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. «La parte especial en el Proyecto de Código Penal», en *La Reforma Penal y Penitenciaria*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 54 ss. Con un amplio desarrollo del problema: cfr. ALVAREZ GARCÍA, Javier y otros. *Código Penal comentado*, Madrid, ed. Akal, 1990, pp. 808 ss; ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, 2.^a ed. Madrid, España, Akal, 1986, pp. 289-291; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal (parte general)*, 3.^a ed., Barcelona, España, 1990, pp. 559-562; LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho Penal (parte general)*, 2.^a ed., Madrid, España, ed. Dykinson, 1986, pp. 141-142; ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, *Manual de Derecho Penal (el delito)*, Pamplona, España, ed. Aranzadi, 1985, p. 431; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del delito*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1989, pp. 115-116; CASAS BARQUERO, Enrique, *El consentimiento en el Derecho Penal*, Córdoba, España, ed. Universidad de Córdoba, 1987, pp. 33-41; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Manual de Derecho Penal (parte especial), delitos contra las personas*, Madrid, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1989, pp. 64 ss.

A) Planteamiento del problema

Después de la reforma, la incógnita es ¿será el consentimiento del sujeto pasivo una causa de justificación en el Derecho penal mexicano? Adelanto desde ahora la respuesta: sí, es una causa de justificación.

Antes de demostrar mi aserto, conviene realizar una primera aproximación dogmática a la problemática del consentimiento.

B) Consideraciones dogmáticas en torno al consentimiento del sujeto pasivo

Históricamente la eficacia del consentimiento ha variado en función de la concepción material del delito. Así, se ha dicho que en el Derecho romano tenía plena relevancia (3). La teoría iusracionalista lo excluía cuando se trataba de derechos inalienables, es decir, con marcado interés público. La Escuela histórica le negó toda eficacia, pues, partió de la base que el Derecho penal sólo puede atender al interés colectivo. En cambio, la filosofía Hegeliana le dio eficacia al considerar que la voluntad subjetiva individual no contravenía la voluntad objetiva de la comunidad. La Escuela Sociológica del Derecho considera que al faltar el interés de la persona, la conducta del sujeto activo no puede ser antijurídica, incluso en delitos contra la vida (4). Hoy en día en Alemania «la jurisprudencia y la doctrina dominante sostienen el criterio de que

(3) Algunos autores afirman la validez del consentimiento como causa de justificación en todos los casos de *iniuria* incluyendo delitos contra la vida y la integridad física. Ello de acuerdo con el principio romano *volenti non fit iniuria*: Cfr. (ULPIANO. D. 47.10.II): *Corpus*, t. V, esp., pp. 451-453; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal (parte general)*, trd. José Luis MANZANARES SAMANIEGO, 4.ª ed. Granada, España, ed. Comares, 1993. p. 338; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, «Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal», en *ADPCP* t. III, fasc. II, mayo-agosto, 1950, p. 321; CASAS BARQUERO, Enrique, *El consentimiento en el Derecho Penal*, Córdoba, España, ed. Universidad de Córdoba, 1987, p. 23; ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, *Manual de Derecho Penal (el delito)*, Pamplona, España, ed. Aranzadi, 1985, p. 427. No obstante, otros autores afirman la existencia de limitaciones tratándose de Derechos públicos: Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Manual de Derecho Penal mexicano*, 4.ª ed., México, ed. Porrúa, 1978, p. 341; MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*, trad. P. DORADO, Bogotá, Colombia, ed. Temis, 1976, p. 397, quien le niega toda relevancia en el caso de los delitos contra la vida, específicamente en el supuesto de auxilio ejecutivo al suicidio.

(4) Cfr. JESCHECK, H. H., *op. cit.*, p. 338; CASAS BARQUERO, E., *op. cit.*, pp. 23-25; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, 2.ª ed. puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, t. I, vol. I, Madrid, España, ed. *Revista de Derecho Privado*, 1972. esp., pp. 752-754.

quien consiente, renuncia, mediante el abandono de sus intereses, a la protección penal» (5).

Conviene desde ahora seguir a Quintano Ripolles quien planteó la diferencia entre consentimiento y asentimiento, pues mientras el primero implica un «querer», el segundo responde a un «tolerar» o resignarse, ejemplo de esto último, lo constituye la entrega de la cosa ante la amenaza del ladrón. En este sentido sólo el consentimiento y no el asentimiento es eficaz (6).

En términos generales la Doctrina entiende que el consentimiento «Concurre ... cuando el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones, que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho consentimiento» (7).

En efecto, en ciertos supuestos de hecho el consentimiento del sujeto pasivo excluye su tipicidad y podemos hablar de un hecho irrelevante para el Derecho penal debido a que se considera un suceso normal de la vida social que no lesiona al bien jurídico tutelado. A estas figuras la doctrina Alemana ha convenido en denominarlos casos de «acuerdo» (*Einverständnis*) (8). En dichos supuestos el consentimiento tiene plena eficacia, pues en ellos el legislador quiere proteger, única y exclusivamente, la libre disposición del titular de un bien jurídico y evitar aquellas conductas que atentan contra su voluntad, sin importar el objeto en sí mismo (9).

Lo anterior no implica que el Derecho penal pierda su naturaleza pública para proteger solamente el interés del particular. Pero, el interés co-

(5) Cfr. JESCHECK, H. H., *op. cit.* esp., p. 339.

(6) Del autor citado. *Tratado ... t. I*, vol. I, esp., pp. 340 ss.

(7) MIR PUIG, S., *op. cit.*, pp. 553.

(8) Cfr. CASAS BARQUERO, E., *op. cit.*, pp. 31-32; MIR PUIG, S., *op. cit.*, pp. 553-555; QUINTANO RIPOLLÉS, A., «La relevancia...», *op. cit.*, pp. 329, 337, 340; COBO DEL ROSAL, M., y T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal parte general*, 3.ª ed., Valencia, España, ed. Tirant lo Blanch, 1991, p.375; ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, 2.ª ed., Madrid, España, Akal, 1986, p. 288; LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho Penal (parte general)*, 2.ª ed., Madrid, España, ed. Dykinson, 1986, esp., pp. 139-140; ARROYO DE LAS HERAS, A., *op. cit.* p. 428; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del delito*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1989, p. 114; CEREZO MIR, José, «El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología, libro-homenaje al prof. Rodríguez Devesa*, I, 1989, pp. 202 ss; JESCHECK, H. H., *op. cit.*, esp., p. 335.

(9) Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAR, Celestino, *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, México, ed. UNAM, 1968, pp. 503 y 505. VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho Penal mexicano (parte general)*, 3.ª ed., México, ed. Porrúa, 1975, esp., pp. 264 ss.; MIR PUIG, S., *op. cit.*, pp. 556-557; CASAS BARQUERO, E., *op. cit.*, p. 21; SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, *El consentimiento en las lesiones*, Pamplona, España, Publicaciones del estudio general de Navarra, 1959, p. 39 ss.; COBO DEL ROSAL, M., y T. S. VIVES, *Derecho Penal, parte general*, 3.ª ed., Valencia, España, ed. Tirant lo Blanch, 1991, p. 375.

lectivo aparece cuando la voluntad del particular ha sido transgredida (10). Sólo así, como afirma Quintano Ripollés, puede explicarse la intervención del Derecho penal como protector de intereses colectivos, confluyendo en estos supuestos «la víctima inmediata privada y la mediata ideal estatal» (11), en otras palabras, el interés público está detrás del interés particular y ante la ausencia de este último sucede lo mismo con el primero (12).

Queda excluida la tipicidad de la conducta cuando concurre el consentimiento en los supuestos de: robo (art. 367 CP) (13); abuso de confianza (art. 382 CP); violación (art. 265 CP); difamación (art. 350 CP); allanamiento de morada (art. 285 CP); privación ilegal de la libertad (art. 364 CP), etc. (14)

Por otra parte, la falta de consentimiento puede estar prevista en el tipo de forma expresa o tácita. Así, por ejemplo, se hace referencia a la falta de consentimiento en los tipos de robo y allanamiento de morada. En forma implícita: la violación; el abuso de confianza; la difamación y la privación ilegal de la libertad (15).

En contrapartida, en delitos como el aborto consentido (art. 330 CP) (16); el estupro (art. 262 del CP) y, el auxilio ejecutivo al suicidio (art. 312 CP), el consentimiento ni hace irrelevante el hecho para el Derecho penal ni justifica la conducta del sujeto activo, pero sí da lugar a la aplicación de una pena menor (17). En los dos primeros supuestos el

(10) En este sentido, cfr. JESCHECK, H.H., *op. cit.*, p. 13. Cabe insistir que en los supuestos a que estoy haciendo referencia: en los que el legislador protege la libre facultad de autodeterminación del titular del bien jurídico, el problema no se resuelve en sede de antijuridicidad, pues queda resuelto desde la falta de tipicidad de la conducta, siendo innecesario, por así decirlo, pasar al siguiente nivel. Cfr. VILLALOBOS, Ignacio, *op. cit.*, esp., p. 352.

(11) «El consentimiento...» p. 323.

(12) Cfr. ANTÓN ONECA, J., *op. cit.*, p. 288; ARROYO DE LAS HERAS, A., *op. cit.*, p. 428.

(13) En México el supuesto de hecho de robo es equivalente al de hurto previsto en el Código Penal español y, a su vez, el robo agravado del CPm corresponde al de robo del CPe.

(14) En general lo serán todos los delitos patrimoniales con excepción de los préstamos usurarios (art. 387, frac. VIII. CP) y de aquellos que afecten a terceros. Sobre el particular, cfr. ARROYO DE LAS HERAS, A., *op. cit.*, esp., pp. 428 ss.; LUZÓN CUESTA, J. M., *op. cit.*, esp., pp. 140 ss.

(15) Cfr. MIR PUIG, S., *op. cit.*; COBO DEL ROSAL, M., *op. cit.* p. 375.

(16) Cabe señalar que en algunos Proyectos de Código Penal (en adelante *cit.* PCP) estatales se ha negado la relevancia del consentimiento sancionando igual el aborto con o sin consentido de la mujer, a saber: PCP para el Estado de Veracruz-Llave de 1954, artículo 221; PCP para el Estado de Baja California Norte de 1954, artículo 219.

(17) En este sentido, la falta del consentimiento de la víctima, siguiendo a GIMBERNAT ORDEIG da lugar a la aplicación del tipo de asesinato (homicidio calificado) o de parricidio, según el caso; cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. «Inducción y auxilio al

tipo hace mención expresa al consentimiento del sujeto pasivo, mientras que en el de homicidio consentido, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia (18), se encuentra implícitamente.

Sobre la reducción de la pena prevista en la norma secundaria cuando existe consentimiento, si la embarazada consiente el aborto la pena aplicable para quien lo practica es de uno a tres años de prisión, en cambio de no existir dicho consentimiento la pena será de tres a seis años (19). También en el supuesto de estupro, previsto en el artículo 262 del Código Penal, el consentimiento de la mujer mayor de doce años y menor de dieciocho constituye uno de los elementos del tipo sancionado con prisión de tres meses a cuatro años de prisión. Mas, la falta de consentimiento da lugar a un delito de violación cuya pena es de ocho a catorce años de prisión. Lo mismo sucede en la privación de la vida de quien lo solicita, supuesto de homicidio consentido cuya pena es de cuatro a doce años de prisión (art. 312 CP), mientras que la ausencia del consentimiento, según sea el caso, da lugar a un delito asesinato u homicidio calificado cuya pena es de veinte a cincuenta años de prisión (arts. 320 en relación con el 317 del CP) o de diez a cuarenta años correspondiente al parricidio siempre y cuando existan los requisitos de parentesco señalados en el, también reformado, artículo 323 del CP (20) Hasta aquí hemos analizado al consentimiento en sede de tipicidad.

suicidio», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, ed. Tecnos, 1990, esp., pp. 283 ss.

(18) En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo español (STS) de 8-XI-1961 y la STS. de 15-XII- 1977.

(19) Las mismas posturas se han adoptado en: Anteproyecto de Código Penal (en adelante *cit.* APCP) para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1949, artículo 317; APCP para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1958, arts. 242 y 243; CP para el Estado de México de 1961, artículo 242, fracs. I y II; CP del Estado de Michoacán, artículo 290; PCP Tipo para la República Mexicana de 1963, arts. 286 y 288; CP para el Estado de Guanajuato de 1978, arts. 226 y 227; CP para el Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave de 1980, arts. 130 y 131. En España se puede observar la misma postura en el PCP de 1980, arts. 161 y 162; en la Propuesta de APNCP de 1983, arts. 145 y 146, y, en el más reciente PCP de 1992, arts. 150 y 151.

(20) Entre la extensa literatura sobre el particular: Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal mexicano*, 4.ª ed., t. II, México, ed. Porrúa, 1979, esp., pp. 155 ss.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel, y otros, *Manual de Derecho Penal (parte especial)*, Madrid, ed. Akal, 1990, esp., pp. 120 ss.; COBO DEL ROSAL, Manuel; T.S. VIVES ANTÓN, y otros, *op. cit.*, esp., pp. 560 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, esp., pp. 283 ss.; BACIGALUPO, Enrique, *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, Madrid, ed. Akal, 1991, esp., pp. 27 ss.; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho Penal (parte especial) delitos contra las personas*, Madrid, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1989, pp. 94 ss.; TORIO LÓPEZ, Ángel. «Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos», en *Estudios Penales y Criminológicos*, t. IV, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, pp. 171 ss.

Corresponde ahora hacer referencia al consentimiento como causa de justificación, considerado por la doctrina alemana como consentimiento en sentido estricto (*Einwilligung*) (21), su reconocimiento supone una de las expresiones de máxima libertad individual, característica de legislaciones propias de un Estado Democrático de Derecho (22).

La complejidad del consentimiento como causa de justificación radica en que la conducta del sujeto activo lesiona efectivamente el bien jurídico e integra el conjunto de elementos que fundamentan positivamente al tipo y, en consecuencia, no podemos hablar de un suceso normal de la vida social, pues están en contraposición el desinterés del titular del bien y el interés social en preservarlo y evitar su lesión.

Así, por ejemplo, hasta antes de la vigencia del nuevo Código Penal español, la doctrina había encontrado múltiples problemas para dar plena relevancia al consentimiento del sujeto pasivo en el homicidio consentido, intentando conseguir dicha relevancia a través de la eximente del estado de necesidad o recurriendo al ejercicio de un derecho (23). Empero, como señala Gimbernat Ordeig «El CP 95 decide ahora castigar expresamente a la (eutanasia) activa. Lo cual supone: por una parte, una regresión frente a la situación anterior, ya que, como acabo de indicar, la ciencia española había aportado argumentos muy sólidos para fundamentar que esa clase de «homicidio piadoso» era impune, sin que hasta ahora los tribunales hubieran tenido ocasión de pronunciarse sobre esa opinión doctrinal» (24)

C) Antecedentes en el Derecho Penal mexicano

Una vez realizadas las primeras aproximaciones dogmáticas al consentimiento, podemos acuparnos de su relevancia en el Derecho Penal mexicano, siendo necesario un acercamiento histórico al problema.

(21) Cfr. JESCHECK, H. H., *op. cit.*, p. 335; MIR PUIG, S., *op. cit.* 554; COBO DEL ROSAL, M., *op. cit.* p. 375; CASAS BARQUERO, *op. cit.* pp. 34, 54 y 55; CEREZO MIR, J., *op. cit.* pp. 208 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español (parte general)*, 14.^a ed., Madrid, ed. Dykinson, 1991, pp. 506 ss.

(22) COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., *op. cit.* p. 121; en el mismo sentido: JESCHECK, H. H., *op. cit.* pp. 339 ss.

(23) Cfr. MIR PUIG, S., *op. cit.* esp., pp. 557 ss.; COBO DEL ROSAL, M., *op. cit.* esp. p. 375. Para un amplio, cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Madrid, Ministerio de Justicia-Universidad Complutense de Madrid, 1995, esp. pp. 89 ss.

(24) Del autor citado, *Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)*, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1996, p. 26.

1. *La confusión entre consentimiento y perdón del ofendido*

El Código Penal mexicano, vigente desde 1931 con algunas modificaciones, negaba relevancia al consentimiento al establecer:

Artículo 9.º La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I a V..

VI. Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93.

Y hasta antes de la reforma de 13 de enero de 1984, el citado artículo 93 establecía:

«Perdón y consentimiento del ofendido

Artículo 93. El perdón o el consentimiento del ofendido extingue la acción penal, cuando concurren estos requisitos:

- I. Que el delito no se pueda perseguir sin previa querella.
- II. Que el perdón se conceda antes de formularse conclusiones por el Ministerio Público; y
- III. Que se otorgue por el ofendido o por la persona que reconozca éste ante la autoridad como legítimo representante o por quien acredite legalmente serlo, o en su defecto, por tutor especial que designe el juez que conoce del delito»

La deficiente redacción empleada por el legislador penal mexicano conllevó a utilizar como sinónimos dos conceptos de naturaleza distinta: el consentimiento del sujeto pasivo (sustantiva) y el perdón del ofendido (adjetiva), lo cual se reflejó en la jurisprudencia. Así, por ejemplo:

Perdón del ofendido. (Legislación de San Luis Potosí.) La sola lectura del artículo 163 del Código Penal del Estado, pone de manifiesto que se refiere a aquellos casos en que el ofendido preste su consentimiento para la comisión de un delito en que se requiera la previa querrella, para que proceda el perdón, siempre que exclusivamente afecte sus propios intereses, que tuviere la libre disposición de ellos y no resultare peligro o alarma a la sociedad ni perjudique a un tercero, extremos que notoriamente no se llenan en los casos de violación.

Tomo LXXXVII, pág. 2422.—Martínez de Arévalo Virginia y coag.—14 de marzo de 1946.—Cuatro votos.

Quinta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. t. LXXXVII. p. 2422 (25).

Criterio que fue reiterado en diversas jurisprudencias (26).

Pese a lo anterior, la confusión derivada de la ley al considerar como sinónimos al consentimiento del sujeto pasivo con el perdón del ofendido y que posteriormente llevó a la jurisprudencia a utilizar de forma indistinta dichos términos, fue puramente terminológica. De ahí que al referirse al artículo 9 del Código Penal se dijera: «realmente no se sabe qué andará haciendo el consentimiento del ofendido en los problemas de intencionalidad del agente, ni por qué habría de pensarse que se eliminara ésta por aquél, si sus factores son el conocimiento de los elementos típicos del acto y la determinación propia sobre ese conocimiento» (27).

Por ello, como demostraré más adelante, la jurisprudencia y la doctrina supieron distinguir cuándo se empleaba el término consentimiento como sinónimo de perdón del ofendido y cuándo se trataba del consentimiento ubicado a nivel de tipo, como excluyente de la tipicidad o como atenuante de la punibilidad.

Aunado a lo anterior, la confusión a que nos venimos refiriendo concluyó con la reforma de 13 de enero de 1984, por la cual se reconoce en el artículo 9.º del Código Penal el principio de culpabilidad en sentido

(25) También la jurisprudencia:

Perdón del ofendido. Abuso de confianza (legislación de Jalisco). El delito de abuso de confianza no está comprendido entre aquellos ilícitos en que se extingue la acción Penal por el perdón y el consentimiento del ofendido, habida cuenta de que la causa extintora sólo opera tratándose de los delitos que se persiguen por querrela necesaria, pero en ninguna forma en aquellas infracciones que se persiguen de oficio, como acontece tratándose del delito de abuso de confianza, conforme a la legislación del Estado de Jalisco.

Amparo directo 5131/58. Juan Rodríguez Medrano. 20 de agosto de 1959. 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación. T. XXVI, Segunda Parte, p. 112.

(26) Por citar sólo algunas: Amparo Directo 5369/62. Aurelio Chávez, de 14 de marzo de 1963. Mayoría de 3 votos. Ponente: Juan José González Bustamante. En *Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. T. LXIX, Segunda Parte*, p. 17; Amparo Directo 6964/57. Antonio Castañeda Pacheco, de 10 de abril de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Luis Chico Goerne. En *Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. T. XXX, Segunda Parte*, p. 60; Amparo Directo 4011/53, 26 de noviembre de 1954. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. En *Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. T. CXIC, p. 1453*. También, Amparo Directo de 27 de marzo de 1940. Vázquez Ortiz Enrique. Unanimidad de cuatro votos. *Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. LXIII, p. 3985*.

(27) VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano (parte general)*, 5.ª ed., México, editorial Porrúa, 1990, p. 264.

amplio (28) y se omite cualquier referencia al consentimiento (29), lo cual derivó en el cambio de rubro del artículo 93 por el de: «Perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo».

2. *Ubicación del consentimiento del sujeto pasivo en el tipo*

Como manifesté antes, la doctrina mexicana ha tenido clara la diferencia conceptual entre consentimiento y perdón, ello al manifestar: «el consentimiento del ofendido no es medio extintivo de la responsabilidad penal, sino, como ya vimos, causa excluyente de incriminación, a título de atipicidad o de licitud, que impide, *ab initio*, la integración del delito» (30) mientras que «el perdón es un acto judicial o extrajudicial, posterior al delito, por el cual el ofendido o legitimado hace remisión del agravio o manifiesta su voluntad de que no se inicie, no se continúe el procedimiento o no se ejecute la sentencia en primera instancia, o sea antes de que se pronuncie esta en segunda instancia» (31).

(28) Sobre su significado, cfr. MIR PUIG, S., *op. cit.* esp., pp. 105-107

(29) Después de la reforma de 1984, el Código Penal disponía:

Artículo 9.º Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.

Actualmente el artículo 9.º del Cp., establece:

Artículo 9.º Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

(30) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derecho Penal*, 1a reimpresión, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 60. En el mismo sentido, cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Programa de la Parte General del Derecho Penal, México, ed. UNAM, 1968, pp. 503 y 505.

(31) GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código Penal Comentado*, 9.ª ed., México, D.F., ed. Porrúa, 1989, p. 204. En el mismo sentido, cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, y Raúl CARRANCÁ Y RIVAS, *Código Penal Anotado*, 7.ª ed., México, ed. Porrúa, 1978; MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, «Perdón del ofendido», en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2.ª ed., t. IV, México D.F., ed. Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, pp. 2382-2384.

Por otra parte, la concepción del consentimiento estaba claramente delimitada en la jurisprudencia (32) y su relevancia quedó de manifiesto de forma reiterada en aquéllos delitos en los cuales su existencia excluye la tipicidad de la conducta del sujeto activo (33) y, en contrapartida, cuando su ausencia adecua dicha conducta al tipo, como sucede, por ejemplo, en los delitos de violación (34) y robo (35).

(32) Consentimiento del ofendido. Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurídico lesionado a virtud del proceso delictivo, siendo anterior o coetáneo a la acción, destruye la antijuridicidad o el tipo; es decir, si el pasivo de una conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice ésta, no resulta afectado el bien jurídico que se tutela, siempre que el consentimiento recaiga sobre bienes jurídicos disponibles. el consentimiento destruye el tipo, esto es, impide que éste se integre, cuando en la descripción legal se consagra como elemento constitutivo del delito la ausencia del consentimiento por parte del titular. ejemplo de ésto último es el robo, y de lo primero el daño en propiedad ajena, en el cual se tutela el patrimonio de las personas, que es un bien jurídico disponible. en el caso, estando demostrado el consentimiento para que la destrucción de unos cuartos se llevara al cabo, no puede sostenerse que la conducta realizada por los quejosos sea antijurídica; no hay delito sin antijuridicidad y no puede imponerse pena cuando la conducta realizada no es antijurídica.

Scolari Llaguno Humberto y coag, de 22 de noviembre de 1954. 4 Votos. Quinta Época. Primera Sala, Sala Auxiliar. Semanario Judicial de la Federación. T. CXXII. p. 1348.

En el mismo sentido: Toca Número 3360, de 22 de septiembre de 1954, 5 votos. Quinta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CXXI. p. 2339 y 2351.

(33) Así, por ejemplo: Robo, delito de. Si bien el delito de robo se persigue de oficio, aunque el agraviado no tenga interés en el castigo del delincuente, para que exista dicho delito se necesita que el ladrón se apodere del objeto robado sin el consentimiento de la persona que puede disponer de él, y si el dueño de los bienes manifestó claramente que estuvo conforme con el hecho de que el acusado se haya apoderado de los objetos, es decir, manifestó su conformidad con lo que hizo, esta conformidad debe considerarse como consentimiento, y por lo mismo, no se tipifica el delito de robo.

Amparo Penal Directo. 2577/54, de 10 de marzo de 1955. Mayoría de 3 votos.- Ponente: Luis Chico Goerne. Quinta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CXXIII. p. 1516

(34) Así, por ejemplo: Violación. El delito de violación se caracteriza porque hay ausencia del consentimiento de la ofendida.

Amparo directo 5500/60. Gabriel Barona Parra, de 22 de noviembre de 1960. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Juan José González Bustamante. Sexta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. XLI, Segunda Parte. p. 71.

En el mismo sentido, entre muchas otras: Amparo directo 6106/55, de 10 de abril de 1957. 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Quinta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CXXXII. p. 76; Amparo directo 7517/60. José Méndez Morales. de 13 de enero de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel

También se tenía claro que, en ciertos delitos, la mediación del consentimiento del sujeto pasivo conlleva a la atenuación de la punibilidad, como sucede en el homicidio consentido (36) o bien en aquellos supues-

Rivera Silva. Sexta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. XLIII, Segunda Parte. p. 96; Amparo directo 3310/73. José Atilano Rodríguez Estrada, de 22 de noviembre de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez. Séptima Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. LIX, Segunda Parte. p. 36; Amparo directo 7663/80. Eugenio Prado Ursúa, de 31 de agosto de 1981. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Séptima Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CLI A CLVI, Segunda Parte. p. 115. Criterio que ha seguido después de las reformas de 1984: Amparo directo 1809/86. Ramón Campos Valenzuela, de 13 de agosto de 1986. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Séptima Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CCV A CCXVI, Segunda Parte. p. 48; Amparo directo 7038/85. Isidro González Soto, de 12 de junio de 1986. 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Séptima Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CCV A CCXVI, Segunda Parte. p. 49.

(35) Dentro de las múltiples jurisprudencias, podemos citar la siguiente que data de 1926: Robo. El delito de robo consiste en el apoderamiento de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin el consentimiento de la persona que puede disponer de ella, con arreglo a la ley; de modo que si la cosa que se dice robada, está en poder de aquel a quien se imputa el robo, por algunas razones de orden legal, falta uno de los elementos esenciales, para que exista el delito.

Amparo en revisión 2334/22. Aca Apolinar y coag. 18 de mayo de 1926. Unanimidad de diez votos; Amparo directo 3753/27. Peña Ocampo Alvaro. 27 de marzo de 1930. Cinco votos. Quinta Época. Primera Sala. Apéndice de 1995. T. II, Parte HO, tesis: 993. p. 622. Desde entonces se ha seguido el mismo criterio, por ejemplo: Amparo directo 3825/81. Serafín González Rodríguez. 15 de febrero de 1982. 5 votos. Ponente: Mario G Rebolledo F. Séptima Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CLVII-CLXII, Segunda Parte. p. 111; Amparo directo 472/92. Pablo Carmona Hernández. 10 de noviembre de 1992. Unanimidad de votos. Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Apéndice de 1995. T. II, Parte TCC, tesis. 715. p. 457.

(36) Así la jurisprudencia: suicidio. Homicidio solicitado. El suicidio, «acto por el que una persona se priva voluntariamente de la vida», no es delito, ni cuando se consuma ni cuando se frustra, pero la participación de otros en el suicidio ajeno, sí lo es. Así pues, analizando la parte final del artículo 312 del Código Penal, en el sentido de que la participación material tan completa que realiza una persona hasta el punto de causar la muerte de otro, determina la represión penal, a virtud de que nuestra legislación no prevé, como causa que excluye la incriminación, tal participación en el delito, independientemente del consentimiento de la víctima, pues sin desconocer que, con arreglo a la doctrina –la que por cierto sustentan otras legislaciones–, el consentimiento del ofendido constituye el ejemplo clásico de la exclusión de lo injusto con arreglo al principio de la ausencia del interés, a virtud de que supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disponer sobre el bien jurídico protegido, lo cierto es que, conforme a nuestra legislación, quien presta auxilio o cooperación a la víctima que desea privarse de la vida,

tos en los que la ausencia del consentimiento da lugar a un delito distinto, como sucede en la relación estupro y violación (37).

Visto los antecedentes anteriores podemos llegar a dos conclusiones. La primera es que la confusión entre consentimiento y perdón del ofendido fue puramente terminológica a nivel legislativo y jurisprudencial y terminó con la reforma de 1984. La segunda conclusión, la función del consentimiento del sujeto pasivo cuando se ubicaba a nivel de tipo ha estado clara tanto en la jurisprudencia como en la doctrinal mexicana. En otras palabras, los supuestos, llamados por la doctrina alemana, de «acuerdo» han sido claramente identificados desde antiguo en México.

Pero ¿se ha llegado a considerar al consentimiento como causa de justificación en México? de dicha incógnita me ocupo a continuación.

3. *El consentimiento como causa de justificación*

Hasta antes de la reforma de 1994, la doctrina se pronunció en contra del consentimiento como causa de justificación, al manifestar:

Incidentalmente la afirmación de que lo antijurídico lesiona o pone en peligro intereses protegidos, obliga a insistir en que se trata de intereses sociales y no individuales, pues la inadvertencia de tal distinción hizo creer que el consentimiento de la persona directamente afectada por el delito, o la falta de interés de esa persona en mantener el bien jurídico que se le garantiza, haría desaparecer la antijuricidad del acto. El homicidio consentido, por ejemplo, no sería antijurídico si tal consentimiento demostrara que no había en el caso intereses por la conservación de aquella vida, o interés que pudiera ser objeto de lesión ...

hasta el punto de que el agente partícipe realice materialmente la acción eficiente para la privación de la vida, tal conducta es objeto de represión penal, a virtud de que comete el delito de homicidio, quien priva de la vida a una persona.

Amparo directo 1926/57. Honorio Ruiz Alba. 22 de agosto de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Sexta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. XIV, Segunda Parte. p. 219.

(37) Estupro. Cuando no se configura. Este delito no se configura cuando hay ausencia de los elementos «consentimiento» y «seducción» o «engaño». Y si el acto crítico sexual ejecutado por el delincuente, tuvo lugar mediante la violación física, y sin consentimiento de la ofendida, esto configura un delito diverso.

Amparo directo 6581/62. José Inés Espiricueta Miramontes. 5 de junio de 1963. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Alberto R. Vela. Sexta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. LXXII, Segunda Parte. p. 20.

Nuestra Ley Penal quiso prevenir aquel error de dar a todo consentimiento de los ofendidos el carácter de excluyente de antijuricidad... (38).

Sin embargo, después de la reforma ni la doctrina ni la jurisprudencia se han ocupado del problema.

Lo anterior podría hacernos pensar que el legislador penal mexicano ha querido dejar bien clara la función del consentimiento como excluyente de la tipicidad y no como causa de justificación. Empero, se pueden formular más objeciones a dicha afirmación.

El primer reparo es de carácter práctico, pues, la jurisprudencia ya se había referido en diversas ocasiones a los requisitos contenidos en la fracción III del artículo 15 del Código Penal: bienes disponibles (39), capacidad jurídica (40), formas de manifestación (41) y ausencia de vicios (42).

(38) VILLALOBOS, Ignacio, *op. cit.*, 1975. p. 264. Sostienen el mismo criterio cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal mexicano (parte general)*, 13.º ed., revisada y adicionada por Raúl CARRANCA Y RIVAS, México, ed. Porrúa, 1980, esp. p. 433; PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *op. cit.* 503 y 505.

(39) *Vid. supra.* nota 32.

(40) En este sentido: Violación impropia. Irrelevancia de la existencia o no del consentimiento de la menor. Aun en el supuesto de que la ofendida hubiera otorgado su consentimiento para realizar el acto sexual, si por su minoría de edad, entre nueve y once años, no estaba en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, al determinarlo así la responsable no viola garantía alguna en perjuicio del acusado.

Amparo directo 2280/74. Enrique Monroy Martínez. 25 de noviembre de 1974. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez. Séptima Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación T. 71 Segunda Parte. p. 65.

(41) Así por ejemplo: Allanamiento de morada. Queda excluida la antijuricidad propia del allanamiento de morada, si por consentimiento expreso o con permiso tácito para el logro de la finalidad del concubito, la mujer permitió la entrada del amante.

Amparo directo 3658/57. Martín Tarelo Alonso. 10 de diciembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

También se aplico este criterio para diversos supuestos.

Abuso de confianza. Salazar Cortes Desiderio. 14 de enero de 1949. Cuatro votos. Quinta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. XCIX. p. 129. Lenocinio: Toca Numero 6119 De 1945. Pág. 463. 17 De Julio De 1954. Cuatro Votos. Quinta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CXXI. p. 463.

(42) Nos ilustra en este sentido la jurisprudencia: ALLANAMIENTO DE MORADA. Si el reo se introdujo a un lugar habitado engañando a su morador, quien accedió a abrir la puerta de su domicilio y a permitirle el paso en vista de que el reo

Tampoco desde una interpretación sistemática del Código Penal mexicano se encontraría razón de ser a la inclusión del consentimiento como excluyente de la tipicidad, porque la misma reforma de 1994 dispuso en la fracción II del artículo 15 que el delito se excluye cuando: «falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate». Por tanto, en aquellos delitos en que el tipo requiere la realización de la conducta sin el consentimiento del sujeto pasivo, su mediación supone la exclusión prevista en la citada fracción segunda.

Por último, es cierto que la Constitución Mexicana no reconoce de forma expresa, a diferencia de la Constitución Española, los derechos a la vida, el derecho al libre desarrollo de la personalidad ni el derecho a la dignidad humana (43). Lo anterior no significa que dichos derechos no encuentren fundamento legal, porque sí que lo tienen en diversos tratados internacionales suscritos y ratificados por México (44), los cuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Mexicana,

le mostró un papel escrito en el que se asentaba que tenía orden para realizar una visita, como el consentimiento del ofendido estaba viciado y mediante el engaño logró el reo introducirse a un lugar a donde no tenía libre acceso, se configuró el delito de allanamiento de morada previsto en el artículo 285 del Código Penal federal y 168 del de Procedimientos en la materia, y se halla legalmente comprobada de una manera plena la culpabilidad del acusado, con los mismo elementos.

Amparo directo 417/58. Fausto Valverde Salinas, de 3 de febrero de 1959. 5 votos. Ponente: Juan José González Bustamante. Sexta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T.XX, Segunda Parte. p. 9. En el mismo sentido, aunque aplicado a un supuesto de robo en casa habitada: Amparo directo 7731/66. Benjamín Granados Campos. 21 de abril de 1967. 5 votos. Ponente: Abel Huitrón y A. Sexta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CXVIII, Segunda Parte. p. 36.

(43) Doy cuenta del debate y las implicaciones del reconocimiento de estos Derechos en mi libro: *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, esp. pp. 89-119.

(44) Sobre el Derecho a la vida, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 12. Nadie será objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques en su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ingerencias o ataques.

La misma Declaración dispone en relación al libre desarrollo de la personalidad:

Artículo 22. 1. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los Derechos económicos, sociales, culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

(Nueva York, 10-XII-1948)

tienen el mismo rango de las normas constitucionales y son, en consecuencia, «Ley Suprema de toda la Unión».

Para reforzar lo anterior, el Derecho a la libertad ideológica también está reconocido en Tratados Internacionales (45) y la Constitución Mexicana reconoce expresamente en el artículo 24 la libertad de culto.

En conclusión, el legislador penal mexicano no incluyó al consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad, porque no se necesitaba una reforma para aclarar algo que ya estaba suficientemente delimitado en la ley, la jurisprudencia y la doctrina mexicana. Además, desde una interpretación sistemática del Código Penal, cuyo respaldo se encuentra en diversas normas supremas contenidas en Tratados Internacionales firmados y ratificados por México, se puede deducir que a partir de las reformas de 1994 el consentimiento es, también, una causa de justificación en el Derecho Penal mexicano.

(45) Así, en la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Artículo 24. Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

Lo anterior se refuerza con el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, que señala:

Artículo 18. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

CRÓNICAS EXTRANJERAS

Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima

PROF. DR. DR. H.C. ALBIN ESER, M.C.J.*

Director del Instituto Max-Planck de Derecho Penal
extranjero e internacional
Freiburg im Breisgau (Alemania)

UN COMENTARIO PERSONAL PREVIO

«Si robas a otro, te robas a ti mismo». Me enfrentaba a este pensamiento de Kant (1) justo en el momento en el que me llegó la invitación a participar en el libro en homenaje de Ernst-Joachim Mestmäcker, con quien coincidí en la facultad de Bielefeld y quien en la actualidad es mi colega en la sociedad Max Planck, en el Instituto de Derecho privado extranjero e internacional en Hamburgo. Puesto que en este tipo de trabajos me gusta referirme a los trabajos del homenajeado y también intento en la medida de lo posible introducir intereses científicos propios, me encontré ante una labor que mostraba dos vertientes contrapuestas: pues si era muy fácil establecer una relación entre Kant y

(*) El presente trabajo es la traducción española, realizada por Manuel CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid) del texto –sin modificaciones esenciales– de mi contribución «Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen» al libro en homenaje de Ernst-Joachim MESTMÄCKER, cuya publicación (Nomos-Verlag, Baden-Baden 1996) estuvo a cargo de U. IMMENGA *et al.* Debo especial gratitud a los señores Axel HAEUSERMANN, licenciado, y Marius KOHLER, cand. jur., por su contribución en la recogida y preparación del material.

(1) Respecto de la expresión y del contexto de dos afirmaciones de KANT en este sentido, cfr. *infra* en el texto correspondiente a la nota 20.

Mestmäcker (2), parecía muy difícil tender además un puente hacia el Derecho Penal –mi propio campo de investigación–. Pero posteriormente pude comprobar que esta posibilidad existe si se traslada correctamente al Derecho Penal la exigencia de Mestmäcker –que a su vez puede reconducirse a la concepción de Kant de la sociedad de ciudadanos y su Derecho– de que los «conflictos entre ciudadanos deben ser resueltos de modo preferente en aquel lugar en el que se generan» (3). Pues con la cercanía al ciudadano y la limitación de los cometidos del Estado a las que se alude de ese modo se entra en un tema que domina como prácticamente ningún otro la política criminal de la actualidad: la solución de conflictos entre los afectados por medio de una «composición entre autor y víctima». Con ello –junto con otras razones que aquí no serán examinadas–, también la víctima ha experimentado un resurgimiento (4), cuyos rasgos novedosos, sin embargo, aún no ha sido objeto de análisis en todas sus manifestaciones. En lo que sigue, intentaré ofrecer una contribución a esta problemática respecto de la relación entre bien jurídico y víctima, y ello teniendo en cuenta el enunciado de Kant antes mencionado, enunciado que parece que aún no ha sido objeto de un cuestionamiento pleno. En todo caso, el presente estudio no puede ser más que una primera aproximación al papel de la víctima concreta y de la lesión por ella sufrida como parte del injusto jurídico-penal. En el marco de estas reflexiones ha de ocupar un puesto central un desarrollo cuyos efectos ambivalentes hasta ahora no parecen haber sido objeto de una consideración en profundidad. Este desarrollo consiste en que el

(2) Cfr. últimamente E.-J. MESTMÄCKER, «Aufklärung durch Recht», en H. F. Fulda/R.P. Horstmann (ed.), *Vernunftbegriffe der Moderne*, Stuttgart 1994, pp. 55-72, así como el trabajo mencionado en la nota 3.

(3) E. J. MESTMÄCKER, «Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts», en *Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft*, München 1991, pp. 24-36. El lugar citado muestra el siguiente tenor literal (p. 34): «Los conflictos entre los ciudadanos deben ser resueltos de modo preferente en aquel lugar en el que se generan. Por ello, el Estado de Derecho comienza desde el punto de vista histórico como garantía de libertades en la relación entre los ciudadanos, y, sobre esta base, también frente al Estado. Con ello, no se pretende crear espacios libres de la intervención del Estado. Por el contrario, el punto decisivo estriba en limitar los cometidos del Estado de tal modo que sigan siendo compatibles con la libertad de los ciudadanos.»

(4) Respecto de algunos aspectos, cfr. A. ESER, «Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren. Nationale und internationale Tendenzen», en G. Dornseifer et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln 1989, pp. 723-747; *vid.*, además, las contribuciones contenidas en A. Eser/G. Kaiser/K. Madlener (ed.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg 1992, así como la sinopsis de la bibliografía publicada hasta el momento en D. FREHSEE, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlin 1987, pp. 1-11. Cfr., además, *infra* –especialmente respecto de la así llamada «víctimo-dogmática»– el texto correspondiente a las notas 104, 108 s.

establecimiento del «bien jurídico» como punto de referencia político-criminal y como objeto material del concepto de delito –un hecho que debe estimarse, en principio, positivo– ha conducido tanto a una marginación de la víctima individual como a una concepción unilateral de la pena orientada hacia el Estado: posiblemente, un desarrollo desviado que precisa de reflexiones correctoras. Con ello, quizás también se logre aportar una contribución respecto de la relación entre el Derecho al servicio del ciudadano y el Estado, que debe ser justificado en función de ello; una posición kantiana que Mestmäcker ha recordado con razón (5).

EL DELITO COMO RESCISIÓN DE LA COMUNIDAD HUMANA

El surgimiento del concepto de bien jurídico en el siglo XIX y su posterior marcha victoriosa en el siglo XX –junto con sus repercusiones, consistentes en desplazar a la víctima de la concepción del delito y de su sanción– no puede comprenderse si no se tiene en cuenta lo que había antes del paradigma del bien jurídico y aquello en contra de lo que éste se dirigía. Sin que ahora sea posible retroceder demasiado en la evolución dogmática del concepto de delito y de sus contenidos esenciales (6), las líneas maestras de una consideración retrospectiva vienen delineadas por el hecho de que el «bien jurídico» se desarrolló como consecuencia del rechazo de la teoría de la «lesión del Derecho», como la había defendido, sobre todo, Feuerbach, quien a su vez se basaba en la doctrina de Kant, doctrina que debe considerarse en el contexto de la pugna entre opciones filosóficas iusnaturalistas y de la Ilustración. Por ello, al principio de las siguientes consideraciones retrospectivas ha de colocarse una breve referencia a estas concepciones del Derecho Penal; para ello, tanto en este punto como en los siguientes, tan sólo puede procederse –con criterio declaradamente subjetivo– limitando la exposición a determinados representantes de las distintas teorías.

Si se cuestiona desde la perspectiva de la víctima su papel en el concepto de delito, se observa que ya en la fundamentación iusnaturalista del Derecho Penal realizada por John Locke la víctima se ve desplazada a una posición marginal, o incluso eliminada por completo de esa fundamentación. Como expone Locke en su estudio «Of Civil Government» (1689) –teniendo en cuenta el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil (7)–, el estado de naturaleza es dominado por

(5) MESTMÄCKER, en Fulda/Horstmann (nota 2), p. 60.

(6) Cfr. la exposición sobre el particular en C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª edición, München 1994, pp. 144 ss., con ulteriores referencias.

(7) Cfr. sobre esto MESTMÄCKER (nota 3), pp. 26 s.

la razón en cuanto ley natural (8), que manda a todos no lesionar la vida, salud, libertad o propiedades de otros, siendo el respeto de esta ley natural en el estado de naturaleza obligación de cada individuo (9). El derecho a castigar de tal modo que se evite la vulneración de la ley natural, derecho que surge de lo antes dicho para todos, se fundamenta en que la ley natural es un Derecho eterno –de origen divino–, basado en las ideas de razón y de igualdad, que está destinado a preservar a la Humanidad de violencia y lesiones: quien infringe esa ley, comete un crimen contra toda la Humanidad, contra su paz y su seguridad, garantizadas por la ley natural, y se convierte de ese modo en un peligro para los demás seres humanos, quienes en consecuencia tienen derecho a castigarle, convirtiéndose así en ejecutores de la ley natural (10). Sobre esta base, el paso a la sociedad civil tan sólo tiene como consecuencia que el poder punitivo de origen divino del estado de naturaleza es transmitido a la comunidad (11).

Ya en el punto de partida de Locke, centrado en la perspectiva del contrato social, queda insinuada la comprensión del delito como infracción –más allá de la lesión de la víctima concreta– cometida frente a la comunidad. Esta infracción encuentra finalmente una fundamentación independiente del mandato divino en las teorías marcadamente seculares del contrato social, según las cuales los seres humanos, cansados de la defensa aislada de su libertad y de sus pertenencias, renuncian en un contrato al uso individual de la violencia y encargan en vez de ello al Estado la protección de su vida, su libertad y sus pertenencias. Sin poder entrar aquí en detalles de esta concepción, defendida en particular por Rousseau y Beccaria (12), para el presente contexto ha de destacarse ante todo lo siguiente: por un lado, que se entiende que por medio del contrato social el individuo consiente también en su propia punición –posiblemente, incluyendo la pena de muerte, extremo que, sin embargo, es afir-

(8) Cfr. J. Locke, *Of Civil Government* (1689), Chapter II (Of the State of Nature) § 6; cita conforme a Th. VORMBAUM, *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, t. I, Baden-Baden, 1993, pp. 81-89.

(9) LOCKE (nota 8), § 7.

(10) LOCKE (nota 8), § 8.

(11) LOCKE (nota 8), §§ 87, 88. Sin embargo, LOCKE no explica cómo tiene lugar esa transmisión (en este sentido también K. SEELMANN, «Vetragsmetaphern zur Legitimation des Strafens im 18. Jahrhundert», en H.M. Stolleis (ed.), *Die Bedeutung der Wörter. Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag*, München, 1991, pp. 441-459, 445); pero ello, desde su perspectiva, no es necesario, ya que el poder punitivo existía ya antes, por lo que no es necesario fundamentarlo a través del contrato social.

(12) J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social* (1762): *Livre premier. Chapitre VI. Du pacte social*, citado conforme a Vormbaum (nota 8), pp. 114 a 118; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764): § II. *Origine delle pene. Diritto di punire*; citado conforme a Vormbaum (nota 8), pp. 119-135.

mado por unos (como Rousseau) (13), pero rechazado decididamente por otros (como Beccaria) (14)–, y que, por otro lado, por la lesión del contrato social se convierte en traidor a su patria, dejando de ser considerado como miembro de ésta (15). Aunque en las doctrinas acabadas de mencionar la fundamentación del Derecho Penal es diversa en cada caso –considerada de origen divino o legitimada por el contrato social–, tienen un rasgo común en lo que se refiere a la concepción respecto del delito: el delito rompe el consenso social básico (16) –sea éste en forma de la ley natural o en forma de contrato social–; de este modo, el delincuente no sólo ataca a la víctima individualmente afectada, sino también a los demás partícipes del ordenamiento jurídico y del contrato. De este modo, la víctima no se ve desplazada ni de modo necesario ni de manera completa fuera de la concepción del delito; pero sí que debe ya compartir su puesto (el cual es de menor rango) con la comunidad (superior).

EL DELITO COMO LESIÓN DE ESFERAS DE LIBERTAD Y DE DERECHOS SUBJETIVOS

Mientras que en el ámbito de las teorías del Derecho Penal examinadas hasta el momento el ataque contra la comunidad ínsito en el delito aún aparece de modo más bien inespecífico y global, con Kant los elementos individuales pasan a un primer plano. Sin renunciar a una reconducción del Derecho a penar al contrato social (17), la función del Derecho adquiere relevancia para la concepción del injusto: partiendo de la base de que es ajustada a Derecho cualquier acción que, en sí misma o conforme a su máxima, permite la coexistencia de la libertad de albedrío de todos con la libertad de todos conforme a una ley general (18), deben evitarse en cuanto contrarias a Derecho aquellas acciones que limitan el espacio de libre actuación que es imprescindible para el libre desarrollo de una persona moral. En el marco de esta concepción,

(13) ROUSSEAU, *Du contrat social, Livre II. Chapitre V. Du droit de vie et de mort* (nota 12): «...c'est pour n'être pas la victime d'un assassin que l'on consent à mourir si on le devient. Dans ce traité, loin de disposer de sa propre vie on ne songe qu'à la garantir...».

(14) Cfr. BECCARIA (nota 12).

(15) ROUSSEAU (nota 13), chap. V.

(16) Cfr. O. FISCHL, *Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts*, Breslau, 1913 (reimpresión 1976), p. 36.

(17) Este, sin embargo, no es tratado por KANT como evento histórico, sino como puro modelo de reflexión: cfr. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), Akademie-Textausgabe, t. VI, Berlin 1914/1968, p. 315: «El acto mediante el cual el pueblo se constituye a sí mismo en Estado, en realidad, sin embargo, tan sólo la idea del mismo que es la única conforme a la cual puede concebirse la legitimidad del mismo, es el contrato original...».

(18) KANT, *Metaphysik der Sitten* (nota 17), pp. 230 s., especialmente p. 232.

se entiende por delito –teniendo en cuenta la diferencia entre mandatos morales y jurídicos– «aquella infracción de la ley pública que incapacita a quien la comete para ser ciudadano» (19).

A primera vista, podría parecer que esta concepción, centrada en la protección de las esferas individuales de libertad, muestra una marcada orientación hacia la víctima. Ello si no fuera por el hecho de que se resalta como esencial el efecto del delito de afectar al autor en su capacidad para ser «ciudadano», es decir, que se alude a la relevancia estatal del delito, que (también) concurre. Aún con mayor claridad va en dirección de una concepción supraindividual del delito la manifestación de Kant citada al principio: «Si robas a otro, te robas a ti mismo». Si bien esta idea aparece en dos versiones distintas, en ambas ocasiones se refiere tan sólo a la cuestión de las características y del grado de la pena. Concretamente, por un lado se alude al principio de igualdad (en forma del *ius talionis* retributivo) (20), y por otro a las pérdidas que la retribución conlleva para el penado (21), por lo que ambos puntos citados sólo son sometidos a análisis –cuando lo son– en el marco de la teoría de la pena de Kant (22). Pero si se intenta establecer sobre la base de esta concepción de la pena conclusiones para la concepción del delito previa, al menos el segundo de los puntos en los escritos de Kant antes citados permite la interpretación de que mediante el robo no sólo se lesiona la propiedad de la víctima

(19) KANT (nota 17), p. 331.

(20) El punto de la metafísica de las costumbres de KANT que se refiere al «Derecho Penal y de gracia» (Akademie-Textausgabe VI, p. 332) contesta a la pregunta «¿Cuál es el carácter y el grado de la punición que toma como principio y criterio decisivo a la justicia pública?» del siguiente modo: «El principio de justicia (en estado de fiel de la balanza de la justicia) de no inclinarse en mayor medida a un lado que al otro. Por lo tanto: aquel mal injustificado que cometes contra otro en el pueblo, lo cometes contra ti mismo. Si le insultas, te insultas a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le golpeas, te golpeas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Sólo el derecho de la retribución (*ius talionis*)... puede indicar de modo determinado la calidad y la cantidad de la pena...».

(21) Kant (nota 17), p. 333: «¿Pero qué significa: “si le robas, te robas a ti mismo”? Quien roba, produce inseguridad respecto de la propiedad de todos los demás; se priva a sí mismo, por tanto (conforme al derecho de la retribución) de la seguridad de cualquier propiedad posible; no tiene nada y nada puede adquirir, pero quiere vivir; siendo esto sólo posible de modo que otros le alimenten.»

(22) Cfr. respecto de la teoría del Derecho Penal de KANT sobre todo A. DYROFF, «Zu Kants Strafrechtstheorie», *Archiv für Rechts und Wirtschaftstheorie* 17 (1923), pp. 351 ss.; H. MAYER, «Kant, Hegel und das Strafrecht», en P. Bockelmann *et al.*, *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt/Main 1969, pp. 54 a 80, especialmente pp. 56 ss.; O. HÖFFE, *Immanuel Kant*, 2.^a edición, München 1988, pp. 234 ss.; respecto de la teoría del Derecho de KANT cfr. G. DULCKEIT, *Naturrecht und positives Recht bei I. Kant*, Aalen 1987; B. LUDWIG, *Kants Rechtslehre*, Marburg 1985; P. UNRUH, *Die Herrschaft der Vernunft - Zur Staatsphilosophie I. Kants*, Baden-Baden 1993.

concreta, sino que se produce inseguridad «respecto de la propiedad de todos», de modo que con la «seguridad de toda propiedad posible» queda cuestionada la institución de la propiedad como tal (23). Aunque esta interpretación supraindividual del contenido de injusto de un delito no necesariamente tenga que implicar como consecuencia el desplazamiento

(23) El hecho de que aparentemente hasta el momento ni siquiera se haya intentado un análisis de este punto en los escritos de KANT respecto de su concepción del delito –a menos que haya pasado por alto un trabajo en ese sentido, lo que en tal caso ruego que me sea perdonado y que puede resultar comprensible respecto de un jurista en atención a la ingentes dimensiones de la bibliografía sobre KANT– quizá esté motivado por que la teoría del Derecho de KANT estaba orientada de modo primario a garantizar la posibilidad de una conducta moral. Esto, sin embargo, no tiene por qué excluir una cierta tendencia hacia una «desindividualización» del Derecho Penal. Si se parte de que el imperativo categórico cumple dentro de la *filosofía moral* de KANT la función de criterio ético conforme al cual se determina la conformidad (necesaria para una actuación moralmente buena) de la acción planeada con los mandatos morales de la razón, entonces también existe la posibilidad de imaginar la actividad planeada –siguiendo el mismo esquema de comprobación– como acción susceptible de ser realizada por todos, de modo que a continuación puede ser analizada en atención a que pueda ser concebida sin contradicciones. Si existiera tal contradicción, el imperativo categórico en cuando mandato negativo de acción prohíbe la realización de la acción. Lo interesante en ello es –siguiendo el esbozo de KOHLER (cfr. *supra* nota *)– que la contradicción consiste en la mayoría de los casos en la desvaloración de un «bien» que ya no es concreto, sino abstracto-general, puesto que el punto de partida del enjuiciamiento es la acción realizada por todos. Demostrando lo anterior con base en el ejemplo del robo, en primer lugar se plantea la cuestión acerca de si desde la perspectiva moral puedo incrementar mi patrimonio robando a otro. En esta cuestión, sin embargo, ha de incluirse el siguiente planteamiento: ¿qué sucedería si todos robaran a su prójimo?; ¿cabría imaginar esa situación sin contradicciones? Esta cuestión habría de ser contestada de modo negativo si el sentido de la propiedad es el de poseer, en una medida individualmente distinta, determinados objetos protegidos contra la *intervención de otros y poder hacer uso de ellos al libre albedrío del propietario*. Pues si todos los demás también pudieran robar y ampliar de ese modo su patrimonio, la propiedad (como tal), en el sentido de una protección asegurada de la tenencia, ya no existiría. De tal modo, en el concepto de la propiedad se generaría una contradicción irresoluble, con la consecuencia de que el robo planeado estaría (moralmente) prohibido. Por consiguiente, al menos para el ámbito de la *filosofía moral*, el robo conduce a una desvaloración de la propiedad en sí, y, con ello, de la institución «propiedad». Sin embargo, si este razonamiento es correcto, parece legítimo partir de que en KANT existen al menos en la metodología unos primeros puntos de partida de un proceso de abstracción de lo individual hacia lo general-objetivo. Esto puede llevarse incluso hacia la *teoría del Derecho*: aunque en este ámbito se anticiparía probablemente demasiado la evolución si se quisiera ver en KANT –que aún estaba en el marco de la teoría de la «lesión del Derecho» de la Ilustración– ya implícita la posterior «teoría del bien jurídico» de BINDING, de todos modos cabe constatar unas primeras líneas de evolución hacia la abstracción del «bien jurídico». En efecto, si para KANT el Derecho tiene como cometido primario la protección y garantía del espacio de acción necesario para el libre desarrollo de la personalidad moral, también protege de modo indirecto la libertad moral del ser humano expresada en el imperativo categórico. Por lo tanto, si un autor infringe una norma jurídica, ello no sólo

completo del daño individual de la víctima concreta, esta vía al menos –de modo similar a como sucedía con la concepción del delito como rescisión del contrato social– queda abierta.

Por otra parte, sin embargo, hay que decir –para evitar ya en este punto posibles malentendidos– que la concepción del delito de Kant, incluso interpretada como antes se ha expuesto, de ningún modo se enfrenta a la objeción de haber abierto –de modo similar al paradigma del bien jurídico que aparecería más tarde– la puerta jurídico-penal para la protección de cualesquiera intereses de bienestar general. Pues incluso después de ser elevada a un plano institucional, el núcleo de la concepción kantiana del Derecho y del injusto sigue siendo la protección de la esfera de acción imprescindible para el libre desarrollo de la personalidad individual moral.

En lo que se refiere a este punto de partida individual, también Feuerbach sigue plenamente vinculado a la posición de Kant (24) en lo que se refiere a este punto de partida individual. Tan sólo la formulación concreta recibe una versión más jurídica, al entenderse el hecho de excederse de los límites de la libertad jurídica como «lesión del Derecho» (injuria o lesión), mientras que (sólo) aquella lesión del Derecho sometida a una Ley penal y que quiebra el contrato sinalagmático entre el ciudadano y el Estado se considera un «delito» (25). Aunque de este modo el delito pasa a ser posible exclusivamente en el Estado (26), ello implica que el paradigma decisivo para la ulterior discusión en el marco

tiene como consecuencia la pérdida de intereses (individuales) concretos merecedores de protección (por ejemplo, en el caso del robo en una reducción patrimonial). Por el contrario, sobre la base de la antes mencionada *causa finalis* del Derecho se advierte que cualquier infracción del Derecho significa al mismo tiempo tanto una vulneración de la libertad (de acción) como de modo mediato una negación de la libertad moral en sí. Por ello, parece legítimo afirmar que en la teoría del Derecho de KANT las sanciones frente a las infracciones del Derecho quedan conectadas con la lesión de un «bien jurídico» –siendo éste, sin embargo, omnicompreensivo– en el sentido de un interés abstracto, protegido por el Derecho: la libertad. Por lo tanto, también en la teoría del Derecho de KANT cabe observar primeros puntos de partida de una *abstracción desde lo individual hacia lo general-objetivo*, sin que por ello debiera perderse de vista su ubicación histórica.

(24) Desde una perspectiva general sobre la influencia de KANT sobre FEUERBACH, cfr. K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt/Main 1972, pp. 33 s., y FISCHL (nota 16), pp. 146 s.

(25) Así la versión inicial –que, sin embargo, fue objeto de varias modificaciones en posteriores ediciones– en la primera edición de P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Gießen 1801, § 26 (pp. 21 s.), mientras que en la 3.ª edición (1805) comete un delito «quien lesiona la libertad garantizada por el contrato ciudadano y asegurada por leyes penales» (p. 22), y finalmente en la 13.ª edición (1840) se habla de la lesión de «la libertad garantizada por el contrato del Estado, asegurada en leyes penales» (p. 45).

(26) FEUERBACH, *ibidem*.

del injusto está configurado por una lesión de un derecho subjetivo. Desde la perspectiva de la víctima, naturalmente, un concepto de delito orientado en función de la lesión de un derecho subjetivo sería el mejor de los fundamentos para no ser olvidada en el Derecho Penal, incluso aunque en la punición del asesinato, de las lesiones corporales, de las injurias y del hurto o robo se trate también de obtener la protección de la vida, de la integridad corporal, del honor o de la propiedad como tales. Pero ya Feuerbach fue incapaz de mantener de modo pleno su punto de partida basado en una lesión de un derecho subjetivo, al incluir más adelante entre los delitos en sentido amplio también meras infracciones administrativas, las cuales –desde su perspectiva– tan sólo lesionaban el derecho a la obediencia del Estado, es decir, atribuyendo de este modo incluso acciones que sólo eran inmorales o formalmente antijurídicas al grupo de las lesiones del Derecho (27). De este modo, su posición inicial, orientada en principio hacia la protección de la libertad individual, ofrecía un flanco desprotegido por el que pronto penetró el nuevo paradigma de una concepción más general de la protección y del injusto, que es el que domina hasta el día de hoy.

DE LA LESIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO HACIA LA LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO

Con la aparición del concepto de bien jurídico se alcanza un estadio de evolución que ya por la multiplicidad de matizaciones aquí sólo podrá ser examinada en atención al papel de la víctima en el concepto de delito; ello con independencia de que además, la historia de este nuevo paradigma ha sido expuesta –también en trabajos propios (28)– ya tantas veces (29) que en el presente marco difícilmente puede esperarse que se añada algo esencialmente nuevo, o que incluso se produzca la clarificación definitiva de la problemática, que a pesar de múltiples esfuerzos sigue aún sin alcanzarse (30). Por tanto, sin querer describir en

(27) Cfr. FEUERBACH, *Lehrbuch*, 11.ª edición (1832), § 22; AMELUNG (nota 24), pp. 34 s.

(28) Cfr. A. ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, tesis, Würzburg, 1961, especialmente pp. 83 ss.; *idem*, «The Principle of "Harm" in the Concept of Crime. A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests», en *Duquesne University Law Review* 4 (1966), pp. 345-417, especialmente pp. 357 ss.

(29) Cfr. especialmente P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, Basel 1962; AMELUNG (nota 24); M. MARX, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*, München 1972; W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt/Main, 1973.

(30) Así la constatación de H.-J. RUDOLPHI, «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», en *Festschrift für Richard. M. Honig zum 80. Geburtstag*,

detalle la «marcha triunfal», aún en curso, del paradigma del bien jurídico, han de enunciarse respecto de su fase de surgimiento al menos tres nombres –concretamente, los de Birnbaum, Binding y von Liszt–, para exponer a modo de ejemplo la relación con la víctima, que es lo que aquí interesa de modo principal.

Aunque la repercusión real de Birnbaum, al no ser prácticamente percibido por sus coetáneos, probablemente fue menor de la que en muchas ocasiones se supone (31), y el término «bien jurídico» es debido a una aportación posterior de Binding (32), lo cierto es que fue Birnbaum quien contrapuso a la doctrina desarrollada por Feuerbach de la lesión de un «derecho subjetivo» –doctrina que predominaba hasta ese momento– la de la lesión de un «bien» (33). Si prescindimos de la objeción, más bien semántica, de que en todo caso es frente a un bien, y no frente a un derecho, que se puede hablar de una «lesión», la cuestión esencial estribaba ante todo en la viabilidad de una ampliación –perseguida por Birnbaum– del ámbito de protección jurídico-penal más allá de las personas y de las cosas. Pues esta ampliación no podía alcanzarse partiendo de una limitación a los derechos subjetivos, mientras que resultaba factible con la introducción de «bienes comunes» como podían serlo las ideas morales y religiosas del pueblo (34). Con la posibilidad de incluir en el ámbito de lo punible acciones de carácter predominantemente inmoral o que tan sólo vulneraban normas de ordenación estatales (35), sin embargo, se había abierto una brecha en la separación kantiana entre Derecho y moral, aunque ésta ya se intuyera en Feuerbach, puesto que no había logrado mantener de modo coherente su propio punto de partida, que tomaba como punto de referencia la lesión de un derecho subjetivo (36).

En lo que se refiere a las posibles consecuencias respecto de la víctima concreta, ni siquiera la introducción por parte de Birnbaum del concepto de bien junto con su ampliación a los «bienes comunes» tendría porqué haber conducido a una «desindividualización» del concepto de

Göttingen 1970, pp. 151-167 (151); en el mismo sentido últimamente también C. ROXIN (nota 6), pp. 13 s.

(31) En este sentido, AMELUNG (nota 24), p. 45, incluso plantea la posibilidad de que el estudio de BIRNBAUM hubiera desaparecido por completo de la ciencia del Derecho Penal si BINDING no se hubiera referido a él.

(32) Cfr. *infra* en el texto correspondiente a la nota 40.

(33) BIRNBAUM, «Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens», Archiv des Criminalrechts, 14 (1834), pp. 149-194, especialmente pp. 166 ss., 175 s.

(34) BIRNBAUM (nota 33), especialmente p. 178.

(35) Cfr. BIRNBAUM (nota 33), p. 169, en donde critica la clasificación incorrecta de FEUERBACH.

(36) Cfr. AMELUNG (nota 24), pp. 35 ss.

delito. Esto, sin embargo, ya en aquel momento hubiera presupuesto –cosa que aún en el día de hoy no se acepta– que se abandonarían los esfuerzos –que obligan a cada vez mayores abstracciones– de explicar el contenido material del delito con ayuda de un concepto monista de injusto, en vez de partir de una diversidad dual entre lesiones de bienes jurídicos personales y colectivos (37). De hecho, parece que Birnbaum utilizó, por un lado, ese modelo de reflexión en categorías duales, y, por otro, también mantuvo el núcleo individual del concepto de delito que afecta a bienes personales. Pues no sólo la contraposición alternativa entre «personas y cosas» y «bienes» implica una cierta dualidad del objeto del delito (38), sino que también niega la apariencia de estar instrumentalizando la protección de la vida humana individual como medio para un fin de mayor rango consistente en el mantenimiento del Estado (39).

Frente a esto, en el pensamiento de Binding, el verdadero creador del concepto de «bien jurídico» (40), las tendencias de desindividualización se advierten ya con mayor claridad. Sin detenernos tampoco aquí en las

(37) Cfr. respecto de esta cuestión *infra* en el punto relativo a las perspectivas político-criminales.

(38) Así, por ejemplo, al constatar –si bien de modo poco claro, como ha resaltado también SINA (nota 29, p. 21)– que «el concepto más natural de lesión parece ser aquel en el que lo referimos a una persona o a una cosa, especialmente a una cosa que pensamos como nuestra, o a algo que para nosotros es un bien, que puede sernos sustraído o disminuido por la acción de otro» (BIRNBAUM, nota 33, p. 150).

(39) Por ejemplo, cuando BIRNBAUM –en una formulación que probablemente tampoco hubiera podido ser más liberal de haberla realizado el propio FEUERBACH, como afirma SINA (nota 29, p. 27)– constata (nota 33, p. 180): «Especialmente, la afirmación de que el *riesgo común* es el elemento esencial de cualquier delito podría conducir fácilmente a la idea de que, por ejemplo, el deber del poder público de castigar el asesinato estaría menos en su obligación de proteger la vida de los seres humanos individuales como tales que en la obligación de mantener al Estado como un todo. Podría generarse la apariencia, entonces, de que se querría decir que los seres humanos sólo existen para que exista el Estado, en vez de partir de que el Estado es necesario en interés de los seres humanos». En este sentido, también para AMELUNG (nota 24, p. 81), BIRNBAUM estaba aún próximo al pensamiento individualista de la Ilustración.

(40) Así por primera vez en su gran obra K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 1.ª edición, Leipzig 1872, pp. 187 ss., en la que recuerda además de la aportación de BIRNBAUM trabajos posteriores de MERKEL y HÄLSCHNER (p. 189, nota 312). Con ocasión del ulterior desarrollo de su doctrina del bien jurídico en la segunda edición de sus *Normen* (Leipzig 1890, pp. 312 ss.), BINDING pudo ya indicar con satisfacción que el concepto de bien jurídico había penetrado con mayor profundidad en la teoría y praxis alemanas y que se había producido su recepción prácticamente completa (p. 329, nota 18). Cfr. también A. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen 1954, haciendo referencia al mérito de BINDING de haber obtenido la carta de ciudadanía para el concepto de bien jurídico en la teoría del Derecho Penal (p. 69).

discusiones de carácter más bien semántico acerca de la diferenciación entre bienes jurídicos en cuanto objetos de derechos individuales y estos derechos mismos y su diversas características en cuanto a su vulnerabilidad (41), y sin querer tomar postura en cuanto al carácter más o menos liberal de la posición de Binding (42), también en este punto tan sólo se resaltará aquello que deriva del concepto de bien jurídico de Binding para el papel de la víctima en la concepción del delito. Si se entiende, de acuerdo con Binding, el delito como la infracción culpable de una norma, estando esta infracción amenazada con pena (43), este concepto formal, que resulta aplicable a cualquier clase de delito, sólo puede obtener una diferenciación a través de un elemento material (44). Este elemento diferenciador según Binding ha de encontrarse en la finalidad de las normas, cuyo cometido es el de garantizar los presupuestos de una vida jurídica pacífica y sana a través de la protección de determinadas personas, cosas y situaciones. En este sentido, es un «bien jurídico» para Binding «todo aquello que para el legislador es valioso como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento sin cambios y no perturbado la comunidad tiene interés en opinión del legislador, intentando éste protegerlo por medio de sus normas frente a las lesiones o puestas en peligro no deseadas» (45). Si la desindividualización de los derechos subjetivos no quedara clara ya por el hecho de que un bien se convierte en cada caso en un bien de la comunidad por medio del juicio de valor de la comunidad jurídica (46), en todo caso la tajante crítica de Binding frente a cualquier individualismo en la teoría de los bienes muestra esta desindividualización de modo palmario (47). Tampoco cabría arribar a la conclusión contraria sobre la base del hecho de que los juicios de valor que subyacen a la fundamentación de los bienes jurídicos pueden ser de distinto peso, de modo que a la comunidad le parece más valor la vida que el derecho de propiedad. Pues mientras la desobediencia, en forma de la infracción de la norma amenazada de pena, es la que «constituye el elemento constante de todo injusto» (48), y la lesión de un bien jurídico cuya evitación se persigue tan sólo es considerada como motivo

(41) Cfr. BINDING, *Normen I*, 2.^a edición (nota 40), pp. 327 ss.

(42) Sobre esto, AMELUNG (nota 24), pp. 77 ss.

(43) K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, Leipzig 1885, p. 499.

(44) Cfr. sobre esto y también sobre lo que sigue con más detalle AMELUNG (nota 24), pp. 73 s.

(45) BINDING, *Normen I*, 2.^a edición (nota 40), pp. 339 ss. (353-355).

(46) BINDING, *Normen I*, 2.^a edición (nota 40), pp. 357 s.

(47) Cfr. AMELUNG (nota 24), p. 75, refiriéndose a BINDING, *Normen I*, 2.^a edición (nota 40), pp. 353 ss., 357 s.

(48) BINDING, *Normen I*, 1.^a edición (nota 40), p. 205; en el mismo sentido en la 2.^a edición, pp. 410 s.

del legislador para establecer la prohibición de actuar (49), el rendimiento dogmático que cabe obtener de la doctrina del bien jurídico, como ya constató Amelung (50), de hecho se agota en la posibilidad de establecer distintos niveles entre los delitos. En efecto, de este modo, los delitos –equivalentes todos ellos desde la perspectiva de la desobediencia frente al mandato de la norma– pueden graduarse en atención al valor del bien jurídico en cada caso, y, por otro lado, cabe establecer una distinción entre delitos que lesionan el bien jurídico y aquellos otros que tan sólo ponen en peligro el objeto de protección. Por otra parte, el hecho de que los bienes sólo se convierten en bienes jurídicos en virtud de su «valor social» y en esa medida siempre son objetos de protección pertenecientes a la colectividad (en vez de concebirllos en primer lugar como bienes del ser humano) es otra circunstancia que permite concluir que estamos en presencia de un punto de partida no individualista (51).

Tal desatención al aspecto de la víctima, aparentemente está ausente del punto de vista del gran oponente político-criminal de Binding, Franz von Liszt. En efecto, no sólo convirtió al bien jurídico en el concepto central de su teoría del delito (52), sino que lo dotó –partiendo de la «orientación sociológico-funcional del Derecho» de Ihering–, en cuanto «interés jurídicamente protegido», incluso de una base previa al juicio de valor jurídico, correspondiendo para ello un papel esencial a las necesidades de los seres humanos (53). V. Liszt, por ejemplo, postula que «Todo Derecho existe por los seres humanos, todo Derecho protege intereses vitales humanos. La existencia humana, por lo tanto, es el bien jurídico; de las distintas configuraciones de esta existencia se obtiene la clasificación de los bienes jurídicos» (54), siendo estos intereses generados no por el ordenamiento jurídico, sino por la vida (55). De este modo, los bienes jurídicos no son bienes del Derecho, sino del ser humano (56). Parecería, entonces, que la lesión de la víctima concreta de un delito también ha de manifestarse en el concepto de injusto. Pero el propio v. Liszt se construyó

(49) BINDING, *Normen I*, 2.^a edición (nota 40), p. 365, nota 1; cfr. también SINA (nota 29), p. 43.

(50) AMELUNG (nota 24), p. 76.

(51) AMELUNG (nota 24), p. 81.

(52) Fundamental F. v. LISZT, «Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche», *ZStW* 6 (1886), pp. 663-698, especialmente p. 673; *idem*, «Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft», *ZStW* 8 (1888), pp. 133-156, especialmente pp. 136 ss.; *idem*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 3.^a edición, Berlin, 1888, pp. 19 ss.

(53) Cfr. AMELUNG (nota 24), pp. 82 ss., 94; SINA (nota 29), pp. 47 ss.

(54) *ZStW* 8 (1888), pp. 141 s.

(55) *Lehrbuch*, 3.^a edición, p. 20.

(56) *Lehrbuch*, 6.^a edición (Berlin 1894), p. 49.

—por descuido o conscientemente— una barrera que le impedía dar ese paso, introduciendo una diferenciación adicional. Se trata de una distinción que, desde luego, tiene su justificación, y por ello ha tenido entrada de modo permanente en la dogmática jurídico-penal; sin embargo, en la poco afortunada presentación hecha por v. Liszt, ha contribuido a una ulterior desmaterialización del concepto de bien jurídico: la diferenciación entre éste y el objeto de ataque. A pesar de lo acertado y de la importancia de tal distinción (57), ya los reiterados cambios de v. Liszt en lo que se refiere a la terminología (58) no sólo dificultaron la comprensión de la misma, sino que la separación entre un concepto de acción extremadamente físico —junto con un correspondiente objeto de ataque físico—, por un lado, y un interés de protección desplazado al ámbito de lo espiritual, por otro, necesariamente había de favorecer la impresión de que el bien jurídico, y de modo correspondiente el injusto de los delitos de homicidio, no se refieren (también) a la vida del ser humano concretamente afectado, sino (sólo) a la protección de la vida en general (59). En este sentido, también en v. Liszt —recogiendo aquí una afortunada propuesta de denominación de Haeusermann (60)— cabe observar una evolución del delito «desde la lesión individual hacia la lesión institucional».

SOBRE LOS PROCESOS DE ELEVACIÓN DEL OBJETO DEL DELITO HACIA LO GENERAL

No puede resultar sorprendente que esta tendencia de espiritualización no pudiera ser detenida por aquellas doctrinas jurídicas que a su vez estaban caracterizadas en su propia raíz por un cierto ímpetu hacia lo general y abstracto.

En lo que se refiere a la época de gestación del pensamiento del bien jurídico en el siglo XIX, este es el caso, especialmente, de la teoría del Derecho y del delito que partía de Hegel. Si se concibe el delito como rebelión consciente contra la voluntad general (61), ello necesariamente debía redundar en un rechazo, como resulta comprensible —y como de hecho sucedió al ignorarse durante un tiempo prolongado la doctrina del

(57) Cfr. con más detalle acerca de la historia del desarrollo de la misma SINA (nota 29), pp. 54 ss.; AMELUNG (nota 24), pp. 85 ss., 102 ss.; HASSEMER, *Theorie* (nota 29), pp. 17 ss.; respecto de mi propia posición —que, sin embargo, posiblemente necesite de revisión en función de una nueva reflexión sobre la cuestión— cfr. ESER, Harm (nota 28), pp. 381 ss.

(58) Cfr. respecto de los detalles AMELUNG (nota 24), p. 91.

(59) Cfr. en el mismo sentido también la crítica de AMELUNG (nota 24), pp. 91 ss.

(60) Cfr. *supra* nota *.

(61) Cfr. G.F.W. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), 4.^a edición (edición Hoffmeister), Marburg, 1955, §§ 85 ss., especialmente § 95.

bien jurídico de Birnbaum—, de un pensamiento organizado en específicas categorías de bienes jurídicos. Dentro de la escuela hegeliana, que en aquel momento predominaba en la teoría del delito, fue sobre todo Köstlin quien consideraba que el carácter peculiar del delito —en contraposición de cualquier otra clase de injusto— consiste en «que no se dirige contra una determinada forma de aparición del Derecho, sino contra su esencia» (62). E incluso partiendo de que tratándose de Hegel y de sus discípulos siempre ha de tenerse en cuenta que en lo general en todo caso debe tomarse en consideración también la correlativa forma de aparición en lo particular, en opinión de Köstlin sigue siendo, aún en el marco de esa particularización y especificación, «precisamente sólo la sustancia misma del Derecho la que constituye el objeto de ataque esencial del delito» (63). Partiendo de esto, ya no quedaba lejos el punto —aunque superando ya con ello a Hegel— en el que con Bekker ya «no se ve en el delito aquello que a primera vista parece ser, una lesión del sujeto directamente afectado, sino... una perturbación del ordenamiento jurídico invisible, ...una vulneración del orden estatal» (64).

Incluso en aquellos casos en los que se recogieron dentro de la escuela hegeliana las sugerencias de Birnbaum en torno a una doctrina del bien jurídico, como especialmente por parte de Hälschner, en la especial forma y configuración del Derecho en cuanto objeto próximo del delito se ve «tan sólo el medio en el que toman apariencia aquellos impulsos de voluntad que contravienen el Derecho en sí» (65).

También en el presente siglo —conectando ahora con la ulterior evolución después de v. Liszt (66)—, aún con menor razón cabía esperar una materialización de tendencia individual del paradigma de bien jurídico —que ahora ya había logrado imponerse— de aquellas teorías del delito que (de modo similar a la teoría del delito hegeliana en cuanto a sus conclusiones, aunque no en lo que se refiere a su motivación y fundamentación) tomaban como punto de referencia la protección de la comunidad popular: por ejemplo, la teoría nacionalsocialista del delito. Aunque ésta presentaba una discusión interna en cuanto al dogma de la lesión de un bien jurídico, ya que existía la sospecha de que el pensamiento del bien jurídico contenía bastiones liberales que debían ser sometidos a

(62) R. KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Theil*, Tübingen 1855, § 6. Con más detalle respecto de la cuestión SINA (nota 29), pp. 28 ss.

(63) KÖSTLIN (nota 62), § 36.

(64) E.J. BEKKER, *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, t. I, Leipzig, 1859, p. 45; cita conforme a SINA (nota 29), pp. 32 s.

(65) H. HÄLSCHNER, *System des preußischen Strafrechts, Theil I*, Bonn 1858, p. 3; cita conforme a SINA (nota 29), p. 32; cfr. también AMELUNG (nota 24), p. 52.

(66) Cfr. respecto de ulteriores detalles de esta fase AMELUNG (nota 24), pp. 96-123; SINA (nota 29), pp. 54-69.

asalto (67), ni de la escuela «teleológica» de Marburgo –representada, siguiendo sobre todo a Honig (68), especialmente por Schwinge y Zimmerl (69)– ni de la «Escuela de Kiel», de orientación marcadamente nacionalsocialista y respresentada sobre todo por Dahm y Schaffstein (70), cabía esperar un fortalecimiento del elemento individual-concreto en el concepto de delito. La primera de las escuelas mencionadas no podía ir en esa dirección porque el bien jurídico en el fondo ya sólo se entendía como «el fin reconocido por el legislador en los preceptos penales individuales en su formulación más breve», es decir, se concebía no como algo real y concreto, sino como un elemento meramente categorial (71), de modo que quedó reducido a un mero «principio rector de la configuración conceptual» (72). Por otro lado, tampoco cabía esperar tal fortalecimiento de la concepción de Kiel, que se entendía a sí misma como «sustancial», ya que con la referencia a la sustancia tan sólo se quería aludir en el fondo a poco más que a los valores y bienes vitales protegidos en cada caso, y, especialmente, a «valores populares» como pueblo, raza y germanidad (73).

ULTERIOR ESPIRITUALIZACIÓN: HACIA LA «PRETENSIÓN DE RESPETO»

Aunque el paradigma del bien jurídico había superado también los ataques nacionalsocialistas (74), estando tan incorporado, al menos en cuanto a las cuestiones de principio, que apenas podía ser imaginado el Derecho Penal alemán sin él (75), su contenido expresivo siguió siendo

(67) Cfr. *infra* texto correspondiente a la nota 87.

(68) R.M. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, I, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1919.

(69) E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930; IDEM, *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1930; E. SCHWINGE/L. ZIMMERL, *Wesensschau und Konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn, 1937.

(70) Cfr. especialmente G. DAHM, «Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft», *ZStW* 57 (1938), pp. 225 ss.; *idem*, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig 1940; F. SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin, 1935, *idem*, «Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?», *Deutsches Strafrecht* 2 (1935), pp. 97 ss.; *idem*, «Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma», *Deutsches Strafrecht* 3 (1937), pp. 335 ss.

(71) HONIG, *Einwilligung* (nota 68), p. 94.

(72) Así SCHWINGE, *Begriffsbildung* (nota 69), p. 27.

(73) Cfr. en detalle SINA (nota 29), pp. 79 ss.; AMELUNG (nota 24), pp. 216 ss., especialmente pp. 226 ss., 251 ss.

(74) Cfr. *infra* texto correspondiente a la nota 87.

(75) Cfr., por ejemplo, H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4.ª edición, Berlin 1988, pp. 6 ss.; ROXIN, *Strafrecht* (nota 6), pp. 11 ss.; R. MAURACH/H. ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 8.ª edición, Heidelberg 1992, pp. 266 ss.

poco claro y discutido (76). En este punto, Schmidhäuser creyó poder ofrecer una ulterior aclaración introduciendo el concepto de la «pretensión de respeto» en la dogmática del bien jurídico y diferenciando entre «bien jurídico», «objeto de bien jurídico» y «objeto del hecho» (77): puesto que, en su opinión, de los bienes jurídicos emana una pretensión erga omnes de que sean respetados, en el sentido de no menoscabar tales elementos valiosos, la lesión del bien jurídico consiste en la vulneración de esa pretensión de respeto que emana del bien jurídico. Por consiguiente, la lesión de un bien jurídico se refiere a un fenómeno intelectual, por lo que no cabría hablar de una lesión del bien jurídico cuando de lo que se trata es del objeto tangible que ha sido causalmente lesionado (la vida concreta, la salud de un ser humano, etc.). Por el contrario, desde su punto de vista esa lesión es la del objeto del bien jurídico o del hecho (78). Desde el punto de vista material, se refiere a lo mismo Jescheck cuando hace uso del concepto de «pretensión de vigencia» (79).

Aunque la objeción de que su clarificación es de carácter meramente terminológico (80) —objeción esperada por el propio Schmidhäuser (81)— sea acertada, lo cierto es que con esta perspectiva el bien jurídico sufre un ulterior proceso de espiritualización, y la víctima concreta es desplazada aún en mayor medida fuera del campo de atención. Pues mientras que haciendo uso de un concepto de bien jurídico que sigue siendo «material, pleno de contenido y vinculado a la realidad social», la norma de conducta (y correspondientemente también el injusto) mantiene aún un núcleo material (82), al tomarse como punto de referencia la «pretensión de respeto» es ésta la que se convierte en el objeto principal —ya sólo relacional-formal— de la lesión, estando el bien jurídico afectado ya sólo de modo secundario e intercambiable. Y si el bien jurídico, a su vez, ya es una abstracción institucional —como la vida en sí o la propiedad como institución—, de la lesión del ser humano concretamente afectado en cuanto elemento del injusto no queda ya nada. Partiendo de tal «volatilización»

(76) Cfr. RUDOLPHI (nota 30), p. 151; cfr. también TH. LENCKNER, en A. SCHÖNKE/H. SCHRÖDER, *StGB*, 25.ª edición, München, 1996, números marginales 8 ss. previos al § 13, con ulteriores referencias.

(77) E. SCHMIDHÄUSER, «Der Unrechtstatbestand», en *Festschrift für Karl Engisch* (nota 22), pp. 433-455, especialmente pp. 445 s., aunque la separación entre objeto del bien jurídico y del hecho al principio tan sólo se insinuó, siendo desarrollada más tarde en su Parte General (*Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tübingen 1970, pp. 24 ss.).

(78) SCHMIDHÄUSER (nota 77), pp. 444 s.

(79) JESCHECK, *Strafrecht* (nota 75), p. 7.

(80) Cfr., por ejemplo, LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 24.ª edición, München, 1991, número marginal 9 previo al § 13 (con menor claridad en la 25.ª edición, *supra* nota 76).

(81) *Unrechtstatbestand* (nota 77), p. 445.

(82) Así LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB* (nota 80), números marginales 9 y 10 previos al § 13.

del bien jurídico ya no puede resultar sorprendente que el individuo en cuanto víctima sólo sea aprehendido, incluso con ocasión de la configuración de los bienes jurídicos, en todo caso de modo conjunto entre los «bienes de la vida comunitaria» que demandan respeto (83).

SOBRE EL REQUISITO DEL BIEN JURÍDICO COMO LIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL

A la discusión relativa a la dogmática de la teoría del delito en el ámbito del bien jurídico siempre ha estado vinculada una confrontación político-criminal (84): en parte, con menor claridad, como en el caso de Binding o en el contexto de la «Escuela de Marburgo», porque para ellos el bien jurídico, en una aproximación legal-positivista, tan sólo servía como *ratio cognoscendi* instrumental respecto de los intereses de protección del legislador (85); en parte, con mayor virulencia, como en el caso de v. Liszt, para quien los bienes jurídicos no son creados por el legislador, sino que ya deben estar presentes en cuanto «intereses» de los seres humanos, de modo que su ausencia —como, por ejemplo, en el caso de meras infracciones morales— puede ser un obstáculo, desde una perspectiva liberal, a la criminalización (86); finalmente, por algunos incluso la confrontación fue abordada de modo consciente desde una perspectiva política, como por ejemplo por Schaffstein, precisamente para contrarrestar las aludidas tendencias liberales del bien jurídico desenmascarando su contenido «ilustrado-individualista» (87).

(83) Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht* (nota 77), p. 169. Por otro lado, en «Unrechtstatbestand» (nota 77, pp. 443 s.) al menos aún se habla de los bienes vitales del individuo y de la existencia próspera del individuo o de la comunidad (de modo similar en *Strafrecht* nota 77, p. 25). Cfr. por lo demás *infra* el texto correspondiente a la nota 103.

(84) Fundamental sobre las teorías del bien jurídico en atención a aspectos dogmáticos y político-criminales, HASSEMER, *Theorie* (nota 29), pp. 57 ss.

(85) Por lo que AMELUNG (nota 24, p. 78) pudo reprochar a BINDING haber consumado bajo la etiqueta de la protección de bienes jurídicos la traición del iuspositivismo frente a los ideales de la Ilustración; en el mismo sentido, también para HASSEMER (nota 29, p. 47) BINDING sucumbió a la miopía de un positivismo legal estricto.

(86) Esta idea aparece más adelante también en MARX (nota 29, pp. 62 y 84 ss.), quien emprende un intento en ese sentido con un concepto previo al Derecho Penal y antropocéntrico de bien jurídico. Que, sin embargo, tal coherencia liberal no es en absoluto obligada fue demostrado ya por BIRNBAUM, al servirle la superación de la lesión del derecho de FEUERBACH por medio de la lesión del bien precisamente para poder aprehender penalmente la lesión de «bienes comunitarios», como las ideas religiosas y morales del pueblo (cfr. *supra* texto correspondiente a la nota 34).

(87) Así el planteamiento de SCHAFFSTEIN (nota 70), *DStR* 2 (1935), pp. 97, 101. Más en detalle al respecto SINA (nota 29), pp. 80 ss., y AMELUNG (nota 24), pp. 231 ss., 235 ss.

Bajo la influencia de la Ley Fundamental de Bonn, este potencial político del requisito del bien jurídico adquirió relevancia, con miras a la reforma del Derecho Penal, en un doble sentido: por un lado, bajo la bandera de la «lesividad social» del delito se trataba de descriminalizar todas aquellas modalidades de conducta que al no implicar la lesión de un bien jurídico no pueden ser consideradas socialmente lesivas (88). Bajo esta bandera, lo que se discutía sobre todo –aunque no exclusivamente, sí de modo predominante– era la descriminalización en el ámbito de los –entonces aún así llamados– delitos contra la honestidad en cuanto meras infracciones morales (89). Por otro lado, existía la esperanza de que esta función limitadora del concepto de bien jurídico se viera potenciada por su anclaje jurídico-constitucional, al entrar en consideración en cuanto bienes o derechos susceptibles de constituir un bien jurídico protegido por sanción penal exclusivamente aquellos que cabe inferir de la Constitución o que al menos se ubican en el marco protegido por la Constitución (90).

Pero por muy acertados e importantes que sean estos postulados, no cabe esperar de ellos un efecto limitador demasiado importante. Pues mientras la lesividad social se equipare a la lesión de un bien jurídico, o bien la lesividad social depende de lo que en primera instancia se haya definido como bien jurídico, o bien, a la inversa, resultará necesario –para siquiera poder alcanzar algún efecto de descriminalización– partir de una definición prejurídica de la lesividad social, respecto de la cual, a su vez, habrían de determinarse los criterios materiales decisivos. En este contexto, tampoco cabe esperar que el Derecho constitucional ofrezca unas limitaciones de especial relevancia. Pues aún limitando la criminalización a aquellas conductas que deben considerarse socialmente lesivas, por menoscabar intereses individuales o generales socialmente reconocidos, y que deben valorarse como lesivas de bienes jurídicos, por afectar al ámbito de protección jurídico-constitucional (91), el ámbito susceptible de ser

(88) Es mérito particularmente de AMELUNG (nota 24, especialmente pp. 330 ss.) el de haber ofrecido una contribución fundamental a esta «doctrina de la “lesividad social” del delito»; cfr. además C. ROXIN, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», *JuS* 1966, pp. 377 ss., así como RUDOLPHI (nota 30), pp. 154 ss.

(89) Cfr. especialmente H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart 1957; además, C. ROXIN, «Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs», *ZStW* 81 (1969), pp. 613 ss., 622 ss.

(90) Cfr. sobre esto, por ejemplo, ROXIN, *Strafrecht* (nota 6), p. 14, partiendo de RUDOLPHI (nota 30), pp. 158 ss., quien tomaba como punto de referencia el principio de la constitución en Estado de Derecho.

(91) Cfr. con más detenimiento acerca de tal concepto de bien jurídico, basado en un interés fáctico en cuanto substrato valorativo, reconocido por ciertas normas sociales y que se encuadra en el ámbito de la Constitución, ESER, Harm (nota 28), pp. 376 ss.

abarcado por el Derecho Penal sigue siendo muy amplio (92). Ni siquiera los bienes jurídicos colectivos (93) –que se encuentran en un proceso de constante expansión, sobre todo en el ámbito del Derecho Penal de la economía y del medio ambiente– podrán ser excluidos de este modo, a menos que se quiera limitar por vía de una decisión legislativa al Derecho Penal por principio a los bienes jurídicos individuales, como ha sido propuesto –en contra de la tendencia general de la legislación– con especial insistencia en el entorno de una así llamada «Escuela de Frankfurt» (94).

Corresponde especial importancia en relación con la víctima, que es aquí el objeto primordial de interés, a la cuestión acerca de qué es lo que podría ganarse para la posición de la misma en el concepto de delito con ayuda de la función limitadora del requisito de bien jurídico. Por decirlo sin rodeos: prácticamente nada. Al contrario: cuanto más fuerte la orientación hacia la víctima del concepto de bien jurídico, tanto más sus limitaciones pueden conducir a la pérdida de ámbitos de protección para la víctima. Por ello, no resulta sorprendente que dentro de los estudios que persiguen una limitación del Derecho Penal, como, por ejemplo, en los trabajos de Rudolphi, no se discuta el papel de la víctima concreta (95), o que en el estudio de Hassemer la víctima u ofendido no merezca figurar como voz en el índice de materias (96).

BALANCE PROVISIONAL PARA LA VÍCTIMA

Aunque la recapitulación selectiva que acaba de hacerse de ningún modo pretende dar la impresión de que constituye una imagen completa

(92) También de acuerdo con O. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen 1996, pp. 139 ss., 424 ss., desde la perspectiva jurídico-constitucional en todo caso cabe esperar una delimitación negativa de contornos muy amplios de aquellas lesiones de bienes jurídicos no susceptibles de ser sancionadas jurídico-penalmente.

(93) Cfr. al respecto, por ejemplo, F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg 1991, especialmente pp. 109 ss.

(94) Cfr. al respecto ya HASSEMER, *Theorie* (nota 29), pp. 68-86; *idem*, «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», *ZRP* 1992, pp. 378-383; además, HERZOG (nota 93); W. NAUCKE, «Schwerpunktverlagerung im Strafrecht», *KritV*, 1993, pp. 135-162; P.-A. ALBRECHT, «Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts», *KritV*, 1993, pp. 163-182.

(95) Aparte del trabajo mencionado en la nota 30, lo dicho es aplicable a H.-J. RUDOLPHI, «Der Zweck des staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen», en B. Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, 1984, pp. 69-84.

(96) Cuando HASSEMER, *Theorie* (nota 29), habla de «lesión», ello sucede en cada caso en relación con la lesión del derecho, cosa que no aporta nada a la cuestión que ahora interesa. Cfr., sin embargo, respecto de una valoración más positiva por parte de HASSEMER del papel de la víctima en el desarrollo del concepto de bien jurídico *infra* nota 107.

del desarrollo producido, lo cierto es que las pocas estaciones de este desarrollo que aquí se han seleccionado ya hacen ver que se ha producido una desatención evidente hacia la víctima. Para evitar la impresión de que ello pudiera estar relacionado de modo exclusivo con la historia del bien jurídico, intentaré introducir en la consideración –antes de llegar a una síntesis final– algunos otros factores que han contribuido a hacer de la víctima del delito también una víctima de la dogmática de la teoría del delito.

Es uno de esos factores, por un lado, la fijación primordial en el autor que se ha constituido en línea rectora de la evolución reciente del Derecho Penal y de los esfuerzos en materia de reforma. Esta fijación comenzó ya en la época de la República de Weimar, entre otras cosas, mediante la introducción de la Ley de Tribunales de Menores, y se prolongó –si bien con una intención opuesta– bajo el nacionalsocialismo. En efecto, mientras en la época de la República de Weimar los esfuerzos se dirigían a la obtención de mejoras para el delincuente, especialmente en el ámbito penitenciario (97), el nacionalsocialismo puso en el punto de mira al autor desde la perspectiva del «perturbador de la paz» que debía ser combatido (98). El punto álgido de la orientación hacia el autor se alcanzó más adelante sobre todo en la discusión de reforma de los años sesenta, cuando (especialmente con el proyecto alternativo, en cuyos «principios» el mandato de resocialización se ubicó con igual rango junto a la protección de bienes jurídicos como fin de la pena) (99) las consecuencias del hecho para el autor ocuparon una posición central en la discusión (100). Esta fijación de los fines de la pena en el autor cuadra perfectamente el hecho de que la valoración de la culpabilidad, en la medida en que le corresponde aún un espacio legítimo en el marco de la medición de la pena (101), no se considere tanto un problema de la relación individual de culpabilidad frente al sujeto lesionado directamente, sino más bien se vea, en relación con la lesión del bien jurídico, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico en general.

(97) Más en detalle al respecto R. SEIDL, *Der Streit um den Strafzweck zur Zeit der Weimarer Republik*, Frankfurt, 1974, pp. 186 s.; H.-H. JESCHECK, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a edición, Berlin, 1972, p. 75.

(98) Cfr., por ejemplo, R. FREISLER, «Willensstrafrecht»; «Versuch und Vollendung», en F. GÜRTNER (ed.), *Das kommende deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1934, pp. 9-36, especialmente p. 12.

(99) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, 2.^a edición, Tübingen 1969, § 2, párrafo 1.^o

(100) También la criminología –que fue posteriormente la primera en ocuparse de la víctima– en aquel momento aún mostraba una orientación puramente dirigida hacia el autor. Cfr. G. KAISER, *Kriminologie*, Heidelberg, 2.^a edición 1988, pp. 406 ss.

(101) Fundamental al respecto BGHSt 24, pp. 40 ss., especialmente p. 42.

Frente a este contexto, difícilmente puede resultar sorprendente que incluso a la hora de describir el fenómeno de la punición, la víctima no entre en el ámbito de consideración. Expondré esta situación tomando como ejemplo el manual de Schmidhäuser, en el apartado acerca de «las vivencias individuales en el proceso de punición»: se habla allí del legislador, de los órganos de persecución penal, del juez penal, de los funcionarios penitenciarios, del penado (es decir, del autor) y, finalmente, de la sociedad, pero no de la víctima, como si ésta nada tuviera que ver con la imposición de la pena (102). Tan sólo en la monografía de Schmidhäuser «Vom Sinn der Strafe», que tiene un planteamiento más exhaustivo, se encuentra una mención a la persona lesionada, aunque también en este caso únicamente al final en cuanto subsupuesto de la sociedad; aún así, se la menciona en el mismo contexto que la familia del autor (103).

Frente a tales perspectivas unilaterales a favor del autor (104), desde luego que al fin de la pena de la protección de bienes jurídicos le podría corresponder el cometido de introducir también, en igualdad de condiciones, los intereses de la víctima. Ello, sin embargo, tendría como presupuesto que la víctima se halla imbricada de algún modo en el bien jurídico. Pero como ha podido observarse en la recapitulación antes realizada, precisamente la doctrina se ha ido alejando de esta perspectiva en cuanto más se abandonó el punto de partida individual del delito como lesión de un derecho subjetivo en favor de una ampliación a un bien jurídico no necesariamente subjetivo, en un progresivo proceso de abstracción de la víctima individual. Al concebirse la vida o la propiedad de la víctima concreta tan sólo como objeto de acción, entendiendo el bien jurídico «vida» o «propiedad» de modo meramente abstraído e institucionalizado respecto de la víctima concreta, el bien jurídico ya no era algo que pudiera corresponder al individuo. Se convirtió en un principio global, que conjuntaba los distintos bienes jurídicos considerados como valiosos de los individuos en una mera abstracción trans-

(102) Cfr. E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, 2.^a edición, Tübingen, 1984, pp. 21 s.

(103) E. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2.^a edición, Göttingen, 1971, p. 101: «La pena estatal no es sólo asunto de la comunidad..., sino de cada uno de los individuos, que lo viven desde la distancia, o con un especial interés en un determinado proceso penal y en su desenlace (como lo tienen, por ejemplo, quien ha sido lesionado por el delito o la familia del autor)».

(104) Respecto de los perjuicios para la víctima que ello conlleva cfr. FREHSEE (nota 4), quien incluso habla de un «desprecio de la víctima como sujeto» (p. 121), o H.-J. HIRSCH, «Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts», *ZStW* 102 (1990), p. 534, para quien la necesidad de justicia de la víctima no ha sido tenida en cuenta mientras la política criminal estuvo orientada de modo unilateral hacia la resocialización del autor.

individual. Con la correspondiente espiritualización del concepto de injusto, partiendo de una lesión individual y llegando a una lesión institucional (105), defendida en la manualística más moderna sin tan siquiera un atisbo de conciencia del su carácter problemático (106), en efecto, se ha llegado en la relación entre bien jurídico y víctima a una exaltación de aquel a costa de ésta. Por ello, prácticamente nada hay que cambiar en la constatación hecha por Sessar hace casi 15 años: «La víctima (la persona lesionada, perjudicada) ha desaparecido de modo prácticamente completo detrás del bien jurídico» (107).

PERSPECTIVAS POLÍTICO-CRIMINALES

¿Han de quedarse las cosas como están? Ciertamente, no cabe negar que, como ha constatado Hassemer, el Derecho Penal estatal va acompañado de una neutralización de la víctima, de modo que no es casual que el Derecho Penal remueva a la víctima de su posición polar frente al autor, asumiendo él mismo esa posición (108). Pero de todos modos hay que plantear si el desplazamiento de la víctima del Derecho Penal y procesal que ello conlleva no ha ido ya demasiado lejos. De hecho, ya desde finales de los años setenta cabe observar una tendencia hacia el redescubrimiento de la víctima del delito (109), acompañado de

(105) Cfr. *supra* el texto correspondiente a la nota 60.

(106) Así, por ejemplo, al sostener JAKOBS (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a edición, Berlin, 1991, pp. 8 s.) que en el ámbito del hurto la protección penal de la propiedad tiene lugar «sin tener en cuenta al titular... principalmente por la orientación de la protección en atención a la relevancia de la propiedad para el conjunto de la sociedad».

(107) K. SESSAR, «Rolle und Behandlung des Opfers im Strafverfahren», *Bewährungshilfe* 27 (1980), pp. 328-339 (329). Este efecto de desplazamiento de la víctima producido por el pensamiento del bien jurídico, por lo demás, no necesariamente entra en contradicción con la afirmación de HASSEMER en el sentido de que con la máxima «la conducta humana sólo puede constituir un injusto jurídico-penal cuando lesiona un bien jurídico», «la víctima (ha vuelto) a entrar en la actualidad, después de haber desaparecido durante siglos detrás de los principios de la reprochabilidad, de la infracción de la norma, del actuar criminal» (HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.^a edición, München, 1990, p. 24). Pues si bien, por un lado, esta afirmación resultaba correcta, siguiendo a FEUERBACH, respecto de la época del nacimiento del pensamiento del bien jurídico a principios del siglo XIX, con la finalidad de reducir un Derecho criminal hipertrófico y que incluía (también) meras infracciones morales, también es claro que, por otro lado, no cabe desconocer la tendencia de desindividualización ínsita en el concepto de bien jurídico.

(108) HASSEMER, *Einführung* (nota 107), pp. 70 ss.

(109) Junto a la bibliografía mencionada en la nota 4, cfr. últimamente también S. BIERI, *Täter-Opfer-Ausgleich: Ansatz einer kriminalpolitischen Reform im Strafrecht*, Bern, 1994; R. D. HERING/D. RÖSSNER, *Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht*, Bonn, 1993; ST. KUNZ, *Probleme der Opferentschädigung im*

tal aluvión de publicaciones (110) que hay quien piensa que se trata –de modo ligeramente despectivo– de un «nuevo tema de moda» (111). Ahora bien, no hay que caer en la errónea suposición de que esta reciente bibliografía referida a la víctima persigue en su conjunto mejorar la situación de la víctima. Pues igual que la reparación y la composición entre autor y víctima pueden favorecer en cuanto sustitutivos (plenos o sólo parciales) de la pena también al autor, la así llamada «víctimo-dogmática» –en contra de la apariencia terminológica– mucho más que mejoras para la víctima, persigue limitaciones de la punibilidad y/o de las sanciones para el autor (112). Esta reserva crítica no debe entenderse ni como rechazo de sanciones o procedimientos que posiblemente (también) favorezcan al autor, ni debería generarse la impresión de que la finalidad de la presente contribución está en obtener sencillamente mejoras para la víctima a costa de posiciones jurídicas del inculpado cuya consecución ha sido trabajosa. Por el contrario, el objetivo de las presentes consideraciones es el de volver a alcanzar un equilibrio adecuado en la relación entre el lesionado concreto y los intereses generales representados por el Estado, eliminando ciertos desequilibrios a favor de éstos que existen a costa de aquel. Quizás ello contribuiría a que determinadas medidas de reforma en favor de la víctima que se han producido recientemente –y respecto de las cuales no puede evitarse la impresión de que se trata de meros parches– pudieran ser fundamentadas con menos contradicciones y de modo más coherente.

Sin poder desarrollar lo acabado de decir de modo pleno en el presente marco, tan sólo expondré a modo de tesis tres líneas directrices:

Primera: En lo que se refiere al concepto de delito, y con ello también a la concepción del injusto, debe detenerse la progresiva espiritualización

Recht, Baden-Baden, 1995, así como los estudios colectivos de G. KAISER/H. KURY/H. J. ALBRECHT (ed.), *Victims and Criminal Justice*, tres tomos, Freiburg, 1991.

(110) Cfr. F. DÜNKEL/D. RÖSSNER, «Täter-Opfer-Ausgleich in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und der Schweiz», *ZStW* 99 (1987), en cuya opinión la bibliografía sobre el tema era ya en aquella fecha (1987) prácticamente inabarcable.

(111) HIRSCH (nota 104), *ZStW* 102 (1990), p. 534.

(112) En este sentido, para ROXIN (nota 6, pp. 487 ss.) –por citar una de las últimas manifestaciones de conjunto sobre este *topos*– «el centro de atención lo ocupa la cuestión acerca de cómo una corresponsabilidad de la víctima por lo sucedido repercute en el injusto, especialmente, si puede conducir a una exclusión del tipo o de la antijuridicidad», de modo que no cabe evitar la impresión de que la víctima-dogmática en su conjunto es una especie de programa de exoneración del autor. Cfr., sin embargo, la sinopsis en G. KAISER, *Kriminologie*, 9.ª edición, Heidelberg 1993, pp. 630 ss., respecto de otras perspectivas respecto de la victimología.

y abstracción que conduce al entendimiento de éstos como ataques al ordenamiento jurídico como tal y a la correspondiente desindividualización del concepto de bien jurídico. Pues si bien resulta acertado ver en el delito algo más que una lesión individual, e imprescindible por ello la vulneración general del Derecho como elemento del injusto, a pesar de ello la lesión de intereses individuales no puede quedar consumida en esta vulneración general. Al igual que el autor está presente en el concepto de delito a través de su acción antijurídica y culpable, junto a la lesión general de un bien jurídico que queda expresada en la antijuridicidad debe estar contenida en el concepto de delito la lesión individual de intereses de la víctima afectada: sólo de ese modo, por lo demás, podrá explicarse por qué y en qué medida la corresponsabilidad de la víctima puede conducir a una disminución o exclusión del injusto. Cuál sea la vía para alcanzar esa inclusión de la lesión individual –por ejemplo, a través de un concepto de bien jurídico que abarque tanto el interés general como el individual, o completando la lesión institucional del bien jurídico con un elemento de injusto individual– es de relevancia secundaria, al tratarse de una cuestión meramente de construcción sistemática. Tampoco el hecho de que puedan existir delitos en los que no hay víctima individual, por tratarse de la lesión de un bien jurídico meramente colectivo, constituye una razón para privar a la lesión individual de intereses –cuando ésta concurre– de la atención que le corresponde en cuanto elemento del injusto. También en este ámbito ha de regir la máxima de que la perfección y abstracción en la sistemática del delito no deben alcanzarse a costa de necesidades materiales.

Segunda: Tal concepción dual –institucional-individual– del delito es relevante también para el concepto de pena. Especialmente, esta perspectiva permite explicar con facilidad la reparación como parte de la sanción: pues si el injusto debe entenderse de modo dual como lesión general del Derecho e individual de intereses concretos, igualmente la correspondiente sanción necesita más allá de finalidades general-estatales también de la reparación individual. En este sentido, la reparación no sólo no es un cuerpo extraño en el Derecho Penal, sino que debe entenderse, incluso, como parte esencial de la sanción penal.

Tercera: Este anclaje de la víctima en la concepción del delito y de la pena también conlleva consecuencias para el proceso penal. Si (también) en el proceso penal se trata de obtener la reparación de un injusto individual, una adecuada participación de la víctima en el proceso no debe entenderse como una mera concesión, sino como un derecho originario, configurándose de modo correspondiente a esta comprensión.

Naturalmente, soy consciente de que se oponen a la ejecución de las directrices antes enunciadas ciertas concepciones asentadas y también

algunas delimitaciones de materia internas del ordenamiento jurídico. Pero no deben temerse tales rectificaciones del rumbo si de lo que se trata es de alcanzar frente al delito tanto el restablecimiento de la paz jurídica como el resarcimiento a la víctima de un modo primariamente «humano» en ambos casos (113).

(113) Cfr. primeras reflexiones en esta dirección en A. ESER, «Vision of a “Humane” Criminal Justice», *Prestige Lecture*, núm. 1, University of Pretoria, 1995.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

FUNCIONARIO QUE NO PROMUEVE LA PERSECUCIÓN DE DELITOS: UN CASO ENTRE EL ENCUBRIMIENTO Y LA OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS

Comentario a la STS de 18 de abril de 1997.
(Ponente Sr. Granados Pérez)*

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ**

I

1. Como consecuencia de la denuncia formulada por..., se acordó la entrada y registro en la casa del procesado V., donde fueron encontradas

* Principales abreviaturas empleadas: CDJ, *Cuadernos de Derecho Judicial*; CE, Constitución Española; CP, Código Penal; DJ, *Documentación Jurídica*; DP, Derecho Penal; L, Ley; Lecr., Ley de Enjuiciamiento Criminal; LK, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*; LL, *Revista Jurídica La Ley*; LO, Ley Orgánica; PE, Parte Especial; PG, Parte General; SAP, Sentencia de la Audiencia Provincial; StGB, *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán); SK, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*; STS, Sentencia del Tribunal Supremo.

** Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra. Este comentario se enmarca en el Proyecto DI 059326, financiado por la Dirección General de Enseñanza Superior, del Ministerio de Educación y Cultura.

enterradas en el jardín de la misma «cinco bolsitas de plástico, conteniendo una caja y dentro de la misma 3 cajas de medicamento Halción, con un total de 88 comprimidos, una pastilla de “Hachís”, con un peso de 84,7788 gramos y otros cuatro trozos de la misma sustancia con un peso de 13,1776 gramos, envueltos en un resguardo de incautación de drogas a nombre de M.P.A., otras dos bolsas, con medicamento conocido como “Sueroral Casen”, un envoltorio de papel metalizado dorado con la anotación “black”, conteniendo tres sellos compuestos de LSD (...), y en una última bolsa de color azul una pistola semiautomática marca “Star”, de fabricación española núm. de serie 136302, (...), arma y sustancias todas ellas de procedencia ilícita y que le habían sido entregadas meses antes, en fecha no exactamente determinada, por el también acusado A., Jefe del Grupo de la Brigada de Seguridad Ciudadana, de la Jefatura Superior de..., a cuya disposición estaba, para que los hiciese desaparecer o los destruyese, ante el temor de este último acusado de que como consecuencia de las diligencias que se venían practicando por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de los de esta Capital en otras dependencias policiales por otros hechos, pudieran ser encontrados en su poder, dado que la referida pistola, carente de toda documentación, obraba en las dependencias a su cargo desde el año 1989 sin que por el citado A., como Jefe del Grupo, se hubiese practicado diligencia alguna con carácter oficial para averiguar su origen y razón por la que allí se encontraba, ni hubiera dado tampoco cuenta a sus superiores, pese al tiempo transcurrido ni la hubiese remitido a la Dirección General de la Policía ni al Laboratorio Territorial de Policía Científica, Sección de Balística de la referida Jefatura, para determinar su estado y funcionamiento, quien fuese su propietario y si la misma había sido anteriormente utilizada, y en cuanto a las drogas encontradas, no constaba a quien fueron intervenidas, ni el motivo o causa por la cual se encontraban en dicha dependencia, sin haber sido remitidas al Juzgado de Guardia o al Instituto de Toxicología para su examen y análisis, y sin que tampoco hubiere practicado por el referido Jefe de Grupo diligencia alguna de carácter oficial en relación a ellas, ni dado cuenta a sus inmediatos superiores de la existencia de la misma. (...)» (1).

2. La Audiencia condenó a A. y V. como autores de un delito de prevaricación a la pena a cada uno de ellos de seis años y un día de inhabilitación especial para cargo público que implique ejercicio de función policial u otros relativos a la investigación de cualquier género de infracción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 359 CP 1973 –“dejar maliciosamente de promover la persecución y castigo de los

(1) Sentencia publicada en *Actualidad Penal*, núm. 468/97, sin relato de hechos probados. Las cursivas son añadidas.

delincuentes»– (2). Asimismo, en aplicación del artículo 254 CP 1973, fueron condenados como autores de un delito de tenencia ilícita de armas a sendas penas de multa de cien mil pesetas; por lo que parece haberse hecho uso de la facultad, que prevé el artículo 256 del mismo texto, de rebajar la pena en (uno o) dos grados, en función de los antecedentes de los procesados y/o de la «escasa peligrosidad social», deducida de las «circunstancias del hecho», y/o «la patente falta de intención de usar las armas con fines ilícitos» (3). No se procedió, en cambio, a condenar por la posible responsabilidad por el tráfico o tenencia de sustancias estupefacientes. A. y V. interpusieron recursos de casación basados en la infracción de los artículos 254 y 359 CP 1973, que fueron desestimados por el TS.

3. Los hechos descritos plantean diversas cuestiones y problemas de los que analizaremos en concreto los que hacen referencia a la conducta de no promover la persecución de los delitos de los que una persona, obligada a ello, adquiera conocimiento. Para facilitar el análisis del caso, procederemos a distinguir en el relato de hechos tres estadios. En un primer momento, parecen haber tenido lugar unas conductas relativas al tráfico de estupefacientes. Posteriormente, en un segundo momento, dichas sustancias y una pistola llegan a poder del acusado A., funcionario de Policía, quien sin embargo retiene dichos objetos, sin dar inicio a procedimiento alguno de investigación. Por último, en un tercer momento, ante el temor de que todo ello trascendiese al conocimiento de

(2) Dispone ahora el artículo 408 (CP 1995), ubicado en el capítulo destinado al abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos: «La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.» Con ello se abandona la ubicación del anterior artículo 359 en sede de prevaricación, *nomen iuris* por el que fueron condenados los procesados. Sobre la relevancia de esta traslación, cfr. ahora MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dtor.)/MORALES PRATS/VALLE MUÑIZ (coord.)/PRATS CANUT/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, *Comentarios al Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1792.

La sustitución del adverbio *maliciosamente* de la anterior versión por el actual *intencionadamente*, puede tener más implicaciones de las que ahora resulta oportuno abordar: cfr. la alusión que realizaba CEREZO MIR, «Lo injusto en los delitos dolosos en el Derecho Penal español», en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, p. 38, a propósito del contenido del *maliciosamente*, como determinante de un específico elemento subjetivo de lo injusto. Y también las referencias de la doctrina que excluyen ahora el dolo eventual (cfr. *infra* nota 11). En mi opinión, el ámbito del adverbio actual es distinto al del antiguo *maliciosamente*.

(3) El artículo 565 (CP 1995) establece que «Los Jueces y Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores (s.c. 563 –prisión de uno a tres años– y 564), siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos.»

terceros, A. entrega dichos objetos a V., también funcionario de policía, para hacerlos desaparecer u ocultarlos, como así sucedió, hasta que fueron descubiertos.

4. El presente comentario tiene por objeto el análisis de la naturaleza jurídica de los actos de adhesión de V. a la solicitud formulada por A. de que hiciera desaparecer los objetos en cuestión (tercer momento en el curso de los hechos): se trata, en definitiva, de dilucidar si tales conductas constituyen omisión del deber de perseguir delitos –y/o tenencia ilícita de armas–, o bien encubrimiento de la conducta inicial de A. (segundo momento) de incumplimiento de sus funciones (II). Seguidamente, a propósito de la conducta de A., se aborda el estudio de las relaciones entre el delito de encubrimiento y el de prevaricación –según la denominación empleada por el Tribunal en su argumentación de acuerdo con la terminología del CP 1973–, con el fin de encuadrar las conductas de adhesión posterior en un sistema que abarque ambos tipos (III). Las consecuencias de todo ello se proyectan después sobre los hechos (IV).

II

1. Como se recordará, para evitar que la investigación, iniciada en otra sede de la misma Jefatura, llegue a conocimiento de que A. posee los objetos en cuestión, solicita éste a V. que los haga desaparecer; a lo que accede, por lo que ocultó los objetos en el jardín de su casa, enterrados. Posteriormente, los mismos objetos fueron descubiertos durante la práctica de un registro, iniciado por otros motivos que no vienen al caso. Procede preguntarse si los hechos de hacer desaparecer la pistola y sustancias estupefacientes, constituyen, por una parte, los delitos de omisión del deber de perseguir delitos y/o tenencia ilícita de armas; o bien, por otra, encubrimiento de la conducta prevaricadora inicial de A., por no haber promovido la persecución de los hechos delictivos de los que tuvo conocimiento. En la primera situación, podríamos estar ante una conducta de autoría de V. en el delito de omisión del deber de perseguir delitos (es también funcionario obligado a ello). En la segunda, ante un supuesto de encubrimiento de este último delito. De ser así, la conducta se sancionaría con la pena inferior en dos grados respecto a la del autor encubierto (arts. 17 y 54 CP 1973) o, con arreglo al nuevo régimen, con una pena autónoma, aunque dependiente de la del delito previo (arts. 451 y 452 CP 1995). Esta cuestión plantea ahora un interés específico, debido a la traslación que el encubrimiento ha experimentado (4) desde las

(4) Para el régimen del anterior Código, cfr. específicamente GÓMEZ PAVÓN, *El encubrimiento. Artículos 17 y 18 del Código Penal*, Madrid, 1988, *passim*; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO/DEL TORO MARZAL/

formas de participación a los delitos contra la Administración de Justicia en el CP de 1995.

2. Dicha forma de responsabilidad criminal por intervención posterior a los hechos de otro, el encubrimiento, resultaba posible siempre que no se hubiera «tenido participación» en el hecho previo como autor o cómplice (en terminología empleada por el Código), y se actuara «con posterioridad a su ejecución» (art. 17 CP 1973). De este modo, quien se suma tras omitir otro la persecución de los hechos delictivos, podría ser encubridor de dicha omisión. El criterio determinante, en doctrina y jurisprudencia, se encontraba desde antiguo en el dato de la posterioridad: tras la ejecución no cabe participación, sino encubrimiento. La aparente claridad del criterio delimitador se

CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal, I*, Barcelona, 1972, pp. 898-947; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento y receptación (Ley de 9 de mayo de 1950)*, Barcelona, 1955, *passim*; RODRÍGUEZ DEVESA, voz «Encubrimiento», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, VIII, Barcelona, 1956, pp. 448 ss.; y las diversas contribuciones recogidas en *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, CDJ, I, 1994. Específicamente para el actual régimen del encubrimiento, cfr. de VICENTE MARTÍNEZ, «La nueva regulación del encubrimiento en el Código Penal de 1995», en *AP*, 1996, I, pp. 467-483; CADENAS CORTINA, «El encubrimiento en el nuevo Código Penal», en *CDJ, IV, 1997, Delitos contra la Administración de Justicia*, pp. 87-129; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, Valencia, 1998, *passim*; y en obras generales: CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 1187-1195; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *et al.*, *Curso de Derecho penal español. Parte especial, II*, Madrid, 1997, pp. 476-486; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1998, pp. 774-778; BENEYTEZ MERINO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dtor.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1997, pp. 4215-4248, con análisis de jurisprudencia de ALBÁCAR LÓPEZ; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 1996, pp. 824-826; QUINTERO OLIVARES, en el mismo (dtor.)/VALLE MUÑIZ (coord.), *et al.*, *Comentarios*, pp. 1940-1947; ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN, *et al.*, *Derecho penal, parte especial*, Valencia, 1996, pp. 729-732; CUERDA ARNAU, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1995, pp. 1892-1911.

Por lo que se refiere a la anterior regulación, cfr. en obras generales: RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español, Parte general*, Madrid, 1994, pp. 822-838; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 1994, pp. 452-453; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte general*, Valencia, 1993, pp. 401-403; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte general*, Valencia, 1991, p. 582; MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, Barcelona, 1990, pp. 441-443; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1990, pp. 830-836; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984 (reimpresión, 1988), pp. 541-553; QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal, Parte general*, Barcelona, 1989, pp. 579-582; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO/HUERTA TOSILDO, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1986, pp. 548-553; GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Madrid, 1979, pp. 150-151; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, (2ª ed., puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG), Madrid, 1966, pp. 277-289.

enturbia en cuanto se pretende determinar el fin de la ejecución en algunos delitos, aquellos que admiten adhesión durante la comisión, porque ésta se dilata en el tiempo (5). Estos supuestos parecen acoger la posibilidad de que quien se adhiere lo haga como autor (o partícipe), y no meramente como encubridor (6). Así, quien se suma a la petición efectuada por otro sujeto para ocultar el arma que ilícitamente éste posee, se suma a la tenencia de la misma, pues la ejecución de dicho delito se mantiene todavía cuando se efectúan la invitación y aportación. Por lo que no cabría el encubrimiento, sino un delito de tenencia ilícita de armas en el que se toma parte como autor sucesivo (arts. 254 CP 1973 y 563 CP 1995) (7). Semejante suerte parece correr la calificación de la conducta de, siendo funcionario de policía, ocultar la pistola, y con ello dejar de perseguir el delito del que procede: quien la oculta, parece sumarse a su vez a la falta de persecución de dichos hechos, por lo que incurriría también, en principio, en responsabilidad por omisión del deber de perseguir delitos (arts. 359 CP 1973 y 408 CP 1995).

Entiende la doctrina que este delito constituye un tipo de omisión pura (8); susceptible de comisión sólo por el sujeto cualificado y

(5) Problema semejante presenta la adhesión durante la tentativa, por lo que no es ésta una problemática reducida a los tipos de mera actividad, sino que puede plantearse en toda conducta en la que no se haya producido todavía el «final de la ejecución». He tratado esta cuestión, más por extenso en *El encubrimiento*, pp. 23 ss.

(6) Como autor de un delito de encubrimiento, entiéndase.

(7) Sobre esta cuestión y su tratamiento jurisprudencial, cfr. lo que expongo en *El encubrimiento*, p. 25, nota 26.

(8) Cfr. MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 1996, p. 857; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES, (dtor.)/VALLE MUÑIZ (coord.), *et al.*, *Comentarios*, p. 1792, como de «omisión propia», y p. 1793, de «omisión pura»; ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio», en *CDJ, XXX, Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, 1996, p. 345; MUÑOZ CUESTA, «Omisión de impedir o denunciar delitos», en *Cívitas. Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, p. 4573; MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Granada, 1989, p. 886; POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *et al.*, *Curso de Derecho penal español. Parte especial, II*, Madrid, 1997, p. 314; como «delito propio de omisión», PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dtor.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1997, p. 3886; como «delito puro de omisión», cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *DPE, PE*, 1994, p. 1139; según se desprende de la exposición, también QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español, Parte especial*, Barcelona, 1992, p. 661; como delito de «omisión propia», BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 1991, p. 368; así también, como delito de omisión propio, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación de funcionario público*, Madrid, 1980, p. 254; igualmente, SÁNCHEZ OCAÑA, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dtor.), *et al.*, *Código Penal comentado*, Torrejón de Ardoz-Madrid, 1990, p. 682; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Derecho penal, Parte Especial*, Madrid, 1990, p. 541, de «omisión propia»; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, p. 697, reconoce la naturaleza omisiva, pero considera

encargado específicamente de la persecución (9) y (10); que parece excluir la posibilidad del dolo eventual (11); que no consiste en el mero retraso o demora en la labor de persecución (12); y que sólo viene referido a la no persecución de delitos, no de faltas (13) y (14).

«algo superflua» esta previsión, debido a que se muestra partidario de equiparar la prevaricación comisiva con la omisiva, por la vía del artículo 1 CP anterior.

Por lo demás, sobre esta cuestión y otras referidas a la naturaleza de este delito, cfr. ahora la STS 6 de abril de 1997, ponente De Vega Ruiz, Aranzadi, 3149.

(9) Cfr. MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 1996, p. 857; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES, (dtor.)/VALLE MUÑIZ (coord.), *et al.*, *Comentarios*, p. 1792; ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios*, p. 1787; el mismo, en VIVES ANTÓN, *et al.*, *DP, PE*, 1996, p. 686; EL MISMO, en *CDJ, XXX*, 1996, p. 346 («jueces, fiscales y funcionarios señalados en el art. 283» Lecr.); POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *et al.*, *Curso*, II, 1997, p. 314; y EL MISMO, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *et al.*, *Manual de Derecho penal, Parte especial*, vol IV, Madrid, 1994, p. 272; PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dtor.), Código Penal, p. 3887, con referencias jurisprudenciales sobre los sujetos que resultan obligados «a perseguir»; QUERALT JIMÉNEZ, *DPE, PE*, 1992, p. 660; MUÑOZ CUESTA, en *Cívitas. Enciclopedia Jurídica Básica*, p. 4573; SÁNCHEZ OCAÑA, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dtor.), *et al.*, *CP comentado*, p. 682.

Otros autores derivan del artículo 262 Lecr el deber de denuncia, por lo que se amplía el ámbito de los sujetos cualificados. Así, con ulteriores argumentos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación*, p. 253, nota 945; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *DP, PE*, 1990, p. 541 (abarca a funcionarios que ejercen labores inspectoras en ámbitos diversos y perciben la existencia de un delito, por ejemplo, los inspectores de Trabajo: cfr. *ibidem*, p. 542); ROLDÁN BARBERO, «De la prevaricación administrativa», en *LL*, 1994, 1, p. 1024, con referencias jurisprudenciales y doctrinales a QUINTANO, PUIG PEÑA y MANZANARES/ALBÁCAR; también SÁNCHEZ OCAÑA, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dtor.), *et al.*, *CP comentado*, p. 682.

(10) Por otra parte, entiende QUERALT JIMÉNEZ, *DPE, PE*, 1992, p. 660, que estamos —para la situación del art. 359 CP 1973— ante un *delito especial impropio*, que tendría como referente común, susceptible de realización por sujetos no cualificados, el encubrimiento (antiguo art. 17) y la receptación. El planteamiento me parece correcto de partida, y es la idea que se pretende exponer en el apartado III de este comentario. Contra, sin embargo, POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *et al.*, *Manual, PE, IV*, 1994, p. 272, que lo concibe como «delito especial propio»; SÁNCHEZ OCAÑA, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dtor.), *et al.*, *CP comentado*, p. 682, que establece la conexión con el anterior artículo 388 bis.

(11) Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES, (dtor.)/VALLE MUÑIZ (coord.), *et al.*, *Comentarios*, p. 1793; ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios*, p. 1787; EL MISMO, en VIVES ANTÓN, *et al.*, *DP, PE*, 1996, p. 686; EL MISMO, en *CDJ, XXX*, 1996, p. 346; FEIJOO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.)/JORGE BARREIRO (coord.), *et al.*, *Comentarios*, p. 1099.

(12) Así, SÁNCHEZ OCAÑA, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dtor.), *et al.*, *CP comentado*, p. 683; MUÑOZ CUESTA, en *Cívitas. Enciclopedia Jurídica Básica*, p. 4573; MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR LÓPEZ, *CP*, p. 887; para el actual artículo 408, MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 1996, p. 857.

(13) Así, PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dtor.), Código Penal, p. 3888; también FEIJÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.)/JORGE BARREIRO (coord.), *et al.*, *Comentarios*, p. 1099; ORTS BERENGUER, en *CDJ, XXX*, 1996, p. 346. Efectivamente, la actual referencia expresa a «delitos», y no a «delin-

3. La solución a que se llega mediante este presupuesto, con ser correcta en la mayoría de los casos, pienso que deja sin abordar la cuestión realmente determinante de la presencia de encubrimiento. Y es que el encubrimiento no es un tipo que adquiera sentido meramente por su orientación a dificultar la actuación de la Administración de Justicia frente a los delitos cometidos. El encubrimiento es portador, más bien, de un sentido típico propio en la medida en que constituye la forma de sancionar las conductas de entorpecimiento de la tutela jurídica arbitrada por el ordenamiento tras la realización de otros delitos. Si a esto desea denominarse «Administración de Justicia», entonces cabe concebir el encubrimiento como un delito contra la misma (15). Pero más que de posterioridad o anterioridad al fin de la ejecución, la presencia del tipo de encubrimiento se dilucida en función del sentido diverso que la conducta adquiere: se trata de una conducta que no despliega un riesgo en el sentido del tipo al que viene a añadirse (16), sino que entorpece o dificulta que la tutela jurídica de los bienes jurídicos tras la comisión de delitos contra los mismos sea eficaz: cfr. *infra* III.1. De este modo, parece claro que quien se suma a una ejecución tras el final de ésta no pueda aportar una conducta que desarrolle un riesgo en el mismo sentido que el tipo realizado por el autor. Por esta razón, en cambio, aun en tipos cuya ejecución se dilata en el tiempo, sería posible el encubrimiento –obsérvese: en fase de ejecución– si, y sólo si, la conducta no constituye un riesgo en el sentido del tipo. Que ello resulte difícil no es consecuencia tanto de la prolongación temporal de la ejecución, cuanto de la peculiar descripción del tipo encubierto: en dicha fase, se prolonga todavía la tutela de los bienes jurídicos mediante los tipos. En definitiva, las intervenciones adhesivas que despliegan un riesgo en el sentido del tipo al que vienen a sumarse, constituyen autoría y/o participación en el

cuentas» como en el CP 1973, lleva consigo que, desde una interpretación sistemática e histórica, quede referido exclusivamente a dichas infracciones y se excluyan las constitutivas de *faltas*; para la situación anterior, indistinta, cfr. SÁNCHEZ OCAÑA, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dtor.), *et al.*, *CP comentado*, p. 682, con referencia a CUELLO CALÓN.

(14) Por otra parte, el texto actual, se refiere a la persecución de los delitos, y no sólo a la de los «delincuentes», como hacía el anterior artículo 359. Lo cual amplía el ámbito del tipo: cfr. en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.)/JORGE BARREIRO (coord.), *et al.*, *Comentarios*, p. 1098.

(15) En cuanto al bien jurídico protegido mediante el delito de encubrimiento, la doctrina, al reclamar su traslación desde la participación a los delitos contra la Administración de Justicia, parecía aceptar, expresa o implícitamente, que constituía ésta el bien protegido, como ahora parece señalarse sin ambages: cfr. por todos MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 1996, p. 824; más por extenso, con ulteriores argumentos y referencias doctrinales, me he referido a ello en *El encubrimiento*, pp. 50-60.

(16) Sobre este criterio, cfr. mi exposición en *El encubrimiento*, pp. 26-28.

mismo, y no encubrimiento; podría haber encubrimiento, en cambio, si la adhesión supone un riesgo en sentido diverso al de la conducta previa.

4. En el caso que analizamos, sería posible el encubrimiento si el arma recibida fuera a continuación inutilizada y descompuesta, por ejemplo: por lo que podríamos decir que la intervención adhesiva viene a poner fin a la ejecución. No es participación en la misma. Los hechos sin embargo, como se recordará, no tuvieron lugar así. Por lo que se refiere al tipo de omisión del deber de perseguir delitos, si sobre quien se adhiere recae a su vez tal deber, entiendo que la conducta podría calificarse igualmente como constitutiva de dicha omisión (17).

III

1. Sin embargo, si el encubrimiento debe distinguirse de los delitos de omisión del deber de perseguir delitos y tenencia ilícita de armas, es porque previamente posee algo en común con los mismos. Además, tratándose de algo distinto, posee elementos de diferenciación. De dichos rasgos distintivos ya hemos tratado —según el criterio tradicional, la posterioridad a la ejecución, que entendemos en sentido correctivo, como se ha expuesto: II.3. Conviene que a continuación abordemos los posibles factores comunes, que son los que en la mayoría de los casos presentan problemas para la apreciación de encubrimiento. Los elementos en común proceden de la tipicidad concreta a la que viene a sumarse, en cada caso, la conducta de favorecimiento. Efectivamente, como ya se ha expuesto, lo específico del actual delito de encubrimiento es el sentido peculiar de la conducta, en cuanto —añadimos ahora— constituye un favorecimiento para impedir que la situación jurídica creada por un delito previo se vea re-estabilizada. De este modo, el encubrimiento sería la forma genérica de sanción de las conductas adhesivas posteriores a la realización de cualquier otro delito (18). Y su sentido típico específico residiría en el entorpecimiento —o en el dificultamiento efectivo, podría ser, dependiendo del modelo seguido en la tipificación— de la actuación del ordenamiento jurídico para re-

(17) De esta manera, podría ser tratado el caso como un supuesto de concurso ideal entre omisión del deber de perseguir delitos y tenencia ilícita de armas. Ello plantearía el problema de decidir cuál es el hecho más grave, tratándose de uno sancionado con la pena de inhabilitación especial, y otro con la de prisión menor (reducible uno o dos grados, en función de la gravedad), teniendo en cuenta que, de resolverse por la tenencia de armas como más grave, se exasperaría su pena, pero no se impondría como principal la inhabilitación.

(18) Así, la exposición que trazo *ibidem*, p. 31. Lo cual no obsta —se trataría de un concurso de leyes— la posibilidad de que la conducta en su caso constituya receptación, blanqueo de capitales u otros delitos.

estabilizar la situación creada por un delito previo. Por ello, se encuentra en dependencia o «accesoriedad» –en sentido literal lo digo, en cuanto que viene a acceder a un hecho, y no en sentido técnico jurídico-penal– respecto a otro delito.

2. Si la realidad de las descripciones legales de los delitos responde a este planteamiento, entonces puede reconocerse que la tipicidad, en la inmensa mayoría de los casos responde a una decisión políticocriminal precisa: establecer una frontera o límite a la intervención penal, situada en el fin de la ejecución de una conducta concebida como núcleo de lo injusto específico de cada caso. Más allá de ésta, no cabe responder penalmente por este título (19). Sólo es posible incurrir en responsabilidad por un título distinto: el que aportan entonces los tipos de encubrimiento, previsto genéricamente para dichas adhesiones, o el de la receptación, blanqueo de capitales, etc. (20). Que dicho límite de la intervención penal, el final de la ejecución, coincida con la producción del resultado, parece claro para muchos delitos, los de resultado (21). Pero también ha de admitirse que en los tipos de mera actividad, o en los que quedaron en fase de tentativa, la frontera no aparece tan nítida. Como también que en muchos delitos de definición legislativa más reciente, en los que los márgenes de la tipicidad se han visto incrementados en favor de englobar conductas de preparación o comienzo de ejecución, o de mero peligro, o de favorecimiento genérico, etc., no se ha mantenido dicha decisión, sino más bien otra: la de que los márgenes de la tipicidad se amplíen; y ello, en detrimento de apreciar conductas de encubrimiento (22). De esta manera, a una política criminal más intervencionista parecen responder definiciones de delitos que dejan menor margen al encubrimiento. No cabe descartar que sea éste el caso de muchas manifestaciones de la política criminal más reciente (tráfico de drogas y colaboración con bandas armadas, sobre todo). Singularmente, podría decirse que la decisión que en un delito de resultado se encierra es la de sancionar penalmente las conductas que generan un efecto social dotado

(19) Sobre esta decisión, cfr. *ibidem*, pp. 47-50.

(20) Estos delitos, como también el de encubrimiento, vienen a probar cómo tras la ejecución no cabe responder ya por el delito cometido por otros: es decir, ha «cesado la prohibición» penal de un tipo, y comienza la de otro u otros. Esto lleva consigo que la distinción entre los tipos principales y los de referencia (encubrimiento, etc.) no pueda provenir tanto de un momento preciso en el tiempo, como de un criterio normativo de distinción entre ambas prohibiciones: cfr. *supra*, II.3.

(21) «Resultado» y no «fin de la ejecución», por cuanto entre éste y aquél (situaciones de pendencia del resultado), cabe intervenir relevantemente: incrementando el riesgo; impidiendo el salvamento o cumpliendo deberes de socorro (simples o cualificados); o incluso mediante injerencia dolosa en la situación y responder en comisión por omisión; desistimiento (individual o de los co-intervinientes); etc.

(22) Cfr. *ibidem*, pp. 33-36.

de elevada carga comunicativa, la producción de un resultado de daño en un objeto material que era expresión de un bien jurídico penalmente protegido (23). Pero no es ésta la única que el legislador ha tomado, ni menos aún la única de las posibles. Por el contrario, en los tipos de tenencia ilícita de armas –por tratarse de un adelantamiento de la protección para otros bienes jurídicos–, o en los de omisión del deber de perseguir delitos –por consistir en la mera infracción del deber de su persecución–, el tipo no gira en torno al fenómeno dotado de mayor sentido comunicativo como sería un resultado de daño para un objeto que «corporeiza» o plasma el bien jurídico, sino uno de mera conducta. No carece ciertamente de sentido comunicativo, pero debe reconocerse que éste es diverso: no procede del quebrantamiento de la entidad de un objeto material portador de un bien jurídico, perceptible sensorialmente con mayor intensidad y facilidad que en otro caso. En estos supuestos, lo más relevante en términos de significado comunicativo para la sociedad no reside en el resultado-efecto.

3. Y es diverso su significado, porque con dichos supuestos se busca en unos casos, o bien asegurar el cumplimiento de diversos deberes, o bien la prestación de determinadas conductas. Y en otros, proteger un bien jurídico que se ha visto «espiritualizado». Consiguientemente, el encubrimiento en estos delitos vendría a ser una conducta cuyo significado se ve muy reducido. Así, a conductas previas dotadas de significado diluido (delitos de mera actividad) por lo que al contenido social-comunicativo de las mismas se refiere, corresponde un favorecimiento que aportaría escaso significado adicional: más bien supondría una conducta que reportaría un significado en gran medida coincidente con el del tipo previo, por lo que apenas se deja margen de viabilidad práctica al encubrimiento, sino que se ve éste reconducido al tipo previo. En cambio, en tipos dotados de elevado contenido social-comunicativo en función del «suceso» o «fenómeno» separado espacio-temporalmente de la conducta, como es lo propio de los delitos de resultado –y con independencia del papel que se le otorgue en la fundamentación del injusto al resultado (24)–, la posibilidad del encubrimiento es más elevada. En efecto, el encubrimiento encuentra su lugar precisamente en los delitos en los que el significado comunicativo se ha producido ya máximamente, y queda sólo aportar significados menos relevantes que los del tipo previo. Sin poder

(23) Sobre las funciones que cumple el resultado, cfr., por todos, en nuestra doctrina, LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho Penal*, Valencia, 1992, *passim*.

(24) Cfr. al respecto, MIR PUIG, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 57 ss., 98 ss., 188 ss., 231 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 415 ss.; LAURENZO COPELLO, *El resultado*, pp. 35 ss.; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, pp. 21 ss.

entrar ahora en esta cuestión, sí conviene partir de la idea de que el encubrimiento adquiere su sentido del significado social-comunicativo de que sea portador el «hecho» previo. Y en consecuencia, parece percibirse que la subsidiariedad se erige como la nota distintiva y criterio rector por excelencia del encubrimiento: es decir, la idea de que el encubrimiento entra en juego en defecto de otro tipo (25). En el caso que analizamos, debe repararse en que los delitos a que viene a adherirse V. son de mera actividad (26), por lo que el margen del encubrimiento, como venimos diciendo, se ve reducido (27) y (28).

Pero precisamente por ello, se hace necesario coordinar un delito contra la Administración Pública (la omisión de perseguir) y un delito contra la Administración de Justicia (el encubrimiento): quien omite perseguir, puede a su vez con esa misma conducta posibilitar la huida, la ocultación del delito previo, etc. Y, además, quien omite –para ello, debe ser funcionario– ¿no estará realizando ya, desde una perspectiva estructural y valorativa más coherente, un abuso de la función que sobre él recae, de tal modo que estaríamos ya ante un tipo de favorecimiento personal del artículo 451.3.º.b), en su caso? Finalmente, ello puede arrojar luces sobre el sentido de la sanción de las conductas de encubrimiento por funcionario, frente a las comunes.

4. Queda justificado que nos refiramos a estas cuestiones porque, según hemos expresado más arriba (cfr. II.3), el criterio que nos permite discriminar encubrimiento y delito previo es el sentido del tipo. Por otra parte, llama la atención el dato de que si se califica la conducta como encubrimiento, la pena puede ser –será, sin duda, pues cabe aplicar penas de prisión y/o inhabilitación especial– cualitativamente distinta a si sólo se sancionan por omisión del deber de perseguir delitos –con pena única de

(25) Cfr. esta idea en la exposición que trazo en *El encubrimiento*, pp. 105-109.

(26) Para el delito de tenencia ilícita de armas, cfr. por todos DÍAZ MAROTO, *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, Madrid, 1987, pp. 96-97; y para el de tráfico de drogas, cfr. por todos REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, Barcelona, 1987, p. 91.

(27) Por lo que a la posibilidad de apreciar encubrimiento de delitos de tráfico de estupefacientes se refiere, cfr. mi exposición en *El encubrimiento*, p. 151, nota 341.

(28) No es óbice a lo anterior el efecto que en cuanto a la pena se produce: quien se adhiere a un delito de mera actividad, será posiblemente sancionado como autor, o partícipe, del mismo, pero difícilmente como encubridor, por lo que la pena será la de aquél y no una que dispone de un límite máximo de duración (la del encubrimiento: cfr. art. 452 CP). A mi modo de ver, este efecto no contradice lo anterior, pues el significado que aporta quien se adhiere durante la ejecución de un tipo, es de intervención en éste, y no de adhesión propia del encubrimiento. Por su parte, la adhesión del encubrimiento, precisamente por serlo en un sentido diverso al del tipo al cual viene a sumarse, adopta otro significado, que justificaría el límite de la pena, en la medida en que aquél sea diverso (no en otro caso).

inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis meses a dos años (29). Debemos entonces preguntarnos qué es lo que aporta específico contenido a la conducta del funcionario en el encubrimiento, frente a la de no perseguir los delitos de que se tenga conocimiento. Para contribuir a elaborar tal sistema y coordinación, conviene prestar atención a si subyace a ambos delitos un deber específico del funcionario respecto a los hechos delictivos de que se tenga conocimiento (cfr. *infra* 5). Si esto es así, debe reconocerse que las conductas no difieren tanto ni estructural, ni valorativamente, como para tener previstas penas tan diversas. Es más, podría pensarse que resultaría afectado el principio de igualdad, o el de proporcionalidad, al sancionarse la omisión de tal conducta por el funcionario, cuando si se tratara de favorecimiento activo del artículo 451, como encubrimiento, la pena de inhabilitación sería superior e incluiría, además, y sobre todo, una privativa de libertad. Efectivamente, existiendo deber de perseguir, la conducta de no hacerlo puede ocasionar el resultado de huida del delincuente, elemento que siendo más grave, ni siquiera parece exigirse de forma efectiva para el encubrimiento (30) en su variante de favorecimiento personal: «ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación... o a sustraerse a su busca o captura». Que ello suponga además abuso de funciones públicas, como requiere el artículo 451.3.º.b), me parece indudable en estos casos (31). Es más, si se interpreta que el favorecimiento personal no exige resultado efectivo de elusión o sustracción respecto de la Justicia, sino que basta la mera conducta para apreciar dicho tipo (32), entonces cabe concluir que la no persecución

(29) Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación*, p. 466 críticamente, frente a la pena de inhabilitación especial prevista por el artículo 358 CP 1973, válido para otros delitos de su título VII (cfr. *ibidem*). Su propuesta sin embargo no ha sido atendida por el legislador de 1995: cfr. ahora EL MISMO, «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos», en *LL*, 1996, 5, p. 1524.

(30) Efectivamente, la traslación del encubrimiento desde las formas de participación a los delitos contra la Administración de Justicia no ha supuesto una modificación estructural que fuera más acorde con los aspectos valorativos de las conductas de favorecimiento. Particularmente ello se produce en lo referente a la exigencia o no de un resultado derivado de la conducta encubridora. Me he ocupado de ello en otro lugar: cfr. *El encubrimiento*, pp. 110-112. Véase también *infra*, IV.3.

(31) Para el antiguo delito de omisión del deber de perseguir, entendían RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *DPE, PE*, 1994, p. 1139, que nos encontraríamos ante un concurso de delitos (ideal, parece deducirse) entre aquél y el de encubrimiento del artículo 17.3.º, primera. A este propósito, recogen la opinión de QUINTANO, *Curso, II*, 1963, p. 558, donde se refiere a la posibilidad de apreciar autoría, complicidad o por lo menos encubrimiento, en casos de connivencia entre funcionario y el favorecido. Más restrictivos en este punto, sin embargo, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *ibidem*.

(32) Cfr. en este sentido, para el encubrimiento como delito de mera conducta, BENEYTES MERINO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dtor.), Código Penal, pp. 4222, 4225, 4228; CADENAS CORTINA, en *CDJ, IV*, 1997, p. 114.

(art. 408) que pueda entenderse como ayuda a eludir o sustraerse a la Justicia constituye tanto encubrimiento como, a la vez, omisión del deber de perseguir delitos (33); que, en principio, parecen encontrarse en una relación de especialidad, en favor del encubrimiento. Algo semejante cabe afirmar para los supuestos en que el obligado a perseguir oculta los objetos del delito cometido, previstos como favorecimiento real en el artículo 451.2.º: podría tratarse de un favorecimiento y a la vez de una omisión, si la ocultación fuera unida a no promover su persecución. Y no resulta sencillo dilucidar cuál de los dos delitos prevalece, por cuanto dicho favorecimiento exige que se lleve a cabo «para impedir su descubrimiento». Me inclino, en principio, por entender que existe relación de especialidad, también aquí, en favor del encubrimiento.

5. Estas razones hacen que sea conveniente elaborar un sistema de los delitos en cuestión en el marco de las conductas contra la Administración de Justicia, y en el todavía más amplio de la Administración Pública. Para ello es necesario, en mi opinión, atender al panorama de los deberes y las facultades de obrar previstos por el ordenamiento para las situaciones postdelictivas. a) En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que sólo escasa y restringidamente existen deberes de actuar: existe el deber de denunciar los delitos que se hayan presenciado (art. 259 Lecr., con los matices señalados en los arts. 262, 263 y 264), sancionado con la multa de 25 a 250 pesetas; pero no existe un deber penal de denunciar, que haya alcanzado definición en un tipo (34) y (35). Distintos son los deberes que existen respecto

(33) A propósito del delito de acusación y denuncia falsa ha estudiado también la relación DÍAZ PITA, *El delito de acusación y denuncia falsas: problemas fundamentales*, Barcelona, 1996, pp. 128-139.

(34) El artículo 338 bis, párrafo segundo planteaba el problema de si se refería a delitos ya cometidos, o todavía evitables. Cfr. a este respecto *infra* nota 61.

(35) No sucedía así, sin embargo, con lo dispuesto en el artículo 576 CP 1973 («Los facultativos que, apreciando señales de envenenamiento o de otro delito en una persona a la que asistieren o en un cadáver, no dieran parte inmediatamente a la autoridad, serán castigados con las penas de cinco a quince días de arresto menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas, siempre que por las circunstancias no incurrieren en responsabilidad mayor.»), en la medida en que pudiera concebirse como un deber de poner en conocimiento de las autoridades la eventual infracción que otros hubieran cometido. Obsérvese, por otra parte, que en dicho precepto no estaba en juego el deber de solidaridad por hallarse alguien en peligro, sino el de colaborar con las autoridades (por lo que se exigía también cuando los signos de envenenamiento se apreciaran en un cadáver): deberes cuasi-policiales. Para la coordinación de este precepto, en la situación anterior, cfr. GÓMEZ PAVÓN, *El encubrimiento*, pp. 87-89. Por mi parte, entiendo que la despenalización de esta conducta, aunque pueda responder a una cuestión de ponderación y proporcionalidad —o quizá precisamente por eso—, evidencia que tras la comisión de delitos no existe un deber *penal* de actuar denunciando: el escaso fundamento que este precepto podía aportar en sentido contrario, ha desaparecido con su derogación. Además, por otra parte, en el artículo 338 bis, párrafo segundo, se ha aclarado la redacción, y con ello desaparecen las dudas que pudieran

a los delitos que puedan todavía impedirse (36): existe deber genérico de impedirlos, siempre que se den los elementos del tipo –sin riesgo propio o de tercero, y pudiendo impedirlo con la intervención inmediata (arts. 338 bis CP 1973 y 450 CP 1995). Como contrapartida de dichos deberes de actuar, ciertamente restringidos (37), el ordenamiento otorga y reconoce libertad de organización a los individuos, por lo que éstos gozan de amplias facultades de configurar su libertad al margen de prohibiciones o exigencias legales acompañadas de pena: el legislador ha decidido no exigir bajo pena ciertas conductas a los destinatarios de la norma. Y ello aunque les conste que otros han cometido un delito, o incluso que acaban de cometerlo, y ello ha sido presenciado por otro sujeto, espectador ocasional, que adquiere por ello conciencia de los hechos: no queda prohibido bajo la amenaza de pena organizar la propia esfera de libertad dando entrada a un sujeto que ha cometido un delito. Si el mismo ha sido presenciado, existe deber, pero no penal, de ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción (38); más allá de este deber, nada impide organizar la propia esfera, la libertad individual de actuación, aunque sea con un «delincuente» (39) (quien así lo haga correrá

darse en cuanto a los deberes de denuncia (cfr. *infra* nota 61). La conducta, con todo, subsiste en otros sistemas de nuestro entorno: en Italia se prevé entre las infracciones contra la Administración de Justicia (art. 365 del Código Penal).

Sobre la falta del artículo 576 CP 1973, cfr. SEGRELLES DE ARENAZA, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *et al.*, *Manual, PE*, IV, 1994, pp. 470-474; POLAINO NAVARRETE, «Omisión de denuncia de indicio de delito por parte de facultativo (Art. 576)», en COBO DEL ROSAL (dtor.), *Comentarios a la Legislación penal, XIV-2*, Madrid, 1992, pp. 1035-1037; y en la doctrina anterior: TERUEL CARRALERO, *Las faltas (Doctrina. Comentario de las del Libro III del Código Penal. Las formuladas en leyes especiales)*, Barcelona, 1956, pp. 179-182.

(36) Ponen en relación, sin embargo, el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos (art. 338 bis CP 1973) con el de perseguirlos (art. 359 CP 1973) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, p. 697; SÁNCHEZ OCAÑA, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dtor.), *et al.*, *CP comentado*, p. 683.

(37) El modelo seguido por nuestro Código Penal, a semejanza de sus predecesores, difiere del planteado en el Código italiano. En éste, efectivamente, existe previsto como infracción penal la de omisión de denuncia por sujeto no cualificado de los hechos conocidos constitutivos de delito contra la personalidad del Estado sancionados a su vez con la pena de muerte o reclusión perpetua (art. 364 CP italiano). En esta misma línea puede entroncarse también la modificación que experimentó nuestro artículo 388 bis, párrafo tercero, a propósito de los delitos de terrorismo de los que se tuviera conocimiento: cfr. la cuestión, dudosa y debatida, *infra* nota 61.

(38) Distinta puede resultar la situación por lo que se refiere, en ciertos casos, a los delitos perseguibles a instancia de parte. Para éstos, entiendo que la ausencia de denuncia impide que surja el deber de actuar promoviendo la persecución; pero no impide que surja el deber de actuar de algunos funcionarios, como sucede en el artículo 191.1, para la querrela del Ministerio Fiscal en los delitos contra la libertad sexual.

(39) O no es preciso (principio de subsidiariedad de la intervención penal), o no es adecuado (principio de proporcionalidad), exigir entonces bajo la amenaza de pena abstenerse de tales contactos sociales: es como si el legislador hubiera ponderado que

con las consecuencias) (40). Con otras palabras: no hay deber penal de actuar en un preciso sentido en favor de la Administración tras la comisión de un delito llevado a cabo por otro; y, aunque exista deber constitucional (art. 118 CE) de colaborar en el curso del proceso, éste lo es cuando se requiere (cfr. *ibidem*). Distinto es lo que sucede para los deberes de no actuar, y que dan lugar a los delitos de encubrimiento, en sus diversas formas. Éstos vendrán a ser la plasmación de aquellas conductas que únicamente se prohíben al ciudadano tras la realización de delitos por otros.

6. La situación es algo distinta, *b*) en segundo lugar, cuando se trata de un sujeto sobre el que, en razón de su peculiar situación en el cuerpo social, recae el deber de actuar: aquí sí surgen deberes penales específicos de obrar, de configurar la situación circundante, que puede llevar consigo –lleva de hecho– el rebasar los márgenes de las esferas individuales, y con ello la restricción de los márgenes de libertad individual ajena (41). Se trata del deber de promover la persecución (42), de que venimos hablando, recogido en el actual artículo 408, como también en su antecesor, el 359 CP 1973. Su contenido y sentido podría derivarse de lo dispuesto en el artículo 126 CE («funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente») (43). Si además prestan una aportación en términos de ayuda a sustraerse de la Justicia, se realiza el tipo del favorecimiento

el ciudadano que decida obrar así, se arriesga a sufrir *él* las consecuencias de tratar con delinquentes en la organización de su propia esfera de libertad →*allá él*».

(40) Se trata de la idea de las *expectativas* que rigen en la vida social, la hacen posible y la explican, según la dicotomía empleada por JAKOBS: unas, se ven confirmadas *por sí mismas*, por cuanto repercuten sobre el sujeto que obra al margen de ellas (expectativas cognitivas); otras, repercuten sobre el sujeto que obra al margen, *mediante la pena* (expectativas normativas): cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Cancio Meliá, Madrid, 1996, pp. 91-92; el mismo, *Sociedad norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Cancio Meliá/Feijoo Sánchez, Madrid, 1996, pp. 25-28; el mismo, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de la 2.^a ed. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid, 1997, 1/4-7a. Cfr. también la exposición de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995, pp. 198-200.

(41) Y, en consecuencia, genera deberes de tolerancia respecto a dichas intromisiones, siempre dentro de ciertos límites.

(42) Como también cabe incluir lo derivado del delito de no prestar auxilio debido por razón del cargo para evitar delitos «u otro mal», del artículo 412.3 CP 1995.

(43) En opinión, sin embargo, de OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, *La prevaricación*, pp. 252-254, no es la mera infracción del deber del cargo lo que da sentido a la antijuricidad propia de este delito, sino que es preciso, con base en la exigencia (del art. 359 CP 1973, recogida igualmente en el actual 408) de la expresión «faltando a la obligación de su cargo», exigir *además* (cfr. *ibidem*, p. 254) que resulte afectado el bien jurídico protegido: claramente en p. 253, cuando afirma: «su antijuricidad

personal con abuso de funciones públicas del artículo 451.3.º**b**). A todo ello se suman los deberes específicos señalados en la Lección (44). Ha de repararse en que el sujeto sobre el que recae este deber de actuar no es un tercero cualificado por encontrarse en posición competente en cierto modo respecto al peligro que se cierne sobre un bien jurídico (art. 195 CP 1995, en su caso). El sujeto obligado ahora a actuar es un sujeto cualificado por una función pública que desempeña y que tiene en consecuencia deber de ejercitar (45). La competencia específica del sujeto llamado a actuar entonces no deriva del peligro para un bien jurídico individual (46) que, en razón de su ser social exige una intervención de terceros en amparo activo (delito de omisión del deber de socorro, que plasma deberes de solidaridad intersubjetiva), sino de la

(s.c. del art. 359 antiguo) no se compone exclusivamente de la infracción del deber realizada al faltar el funcionario a la obligación de su cargo; es preciso determinar el bien jurídico atacado por la conducta descrita en el tipo que contiene.» Las consecuencias que extrae son interesantes, por cuanto le permiten afirmar que no sería suficiente el mero incumplimiento del deber (aun cuando se preste *erróneamente* a ser un dato formalista para apreciar el tipo): por el contrario, pueden darse casos en los que el cumplimiento del deber —*formal*, añadido— podría situar al que lo cumple ante un tipo de prevaricación (cfr. *ibidem*, p. 254). Cfr. sin embargo *infra*, nota 48. La propuesta de OCTAVIO DE TOLEDO es relativizada por BACIGALUPO ZAPATER, «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios», en *Documentación Jurídica*, 37/40, 1983, II, p. 1099.

Con carácter general, a propósito del objeto de protección por los delitos contra la Administración Pública, cfr. por todos OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación*, pp. 239 ss.; y más recientemente el balance que traza ASÚA BATARRITA, «La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales y delimitación respecto a la potestad disciplinaria», en LA MISMA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997, p. 20.

(44) Cfr. arts. 262, 282, 284-287, 289-291 Lección, entre otros. Cfr. también la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (arts. 443 ss.); la LO 2/1986, de 13 de marzo (art. 5.4); la L 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal; y el RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial.

Por su parte, entendía POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *et al.*, *Manual, PE*, IV, 1994, p. 273, que se trataba de un delito que encerraba una *ley penal en blanco*, que requería ser integrado mediante remisiones a diversas normas «que establezcan deberes de perseguibilidad delictiva por determinados funcionarios públicos».

(45) Deber que, según ha entendido el TS en diversas resoluciones, se mantiene aunque el funcionario adquiera conocimiento del delito fuera de las horas de servicio: cfr. estas referencias en FEIJÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.)/JORGE BARREIRO (coord.), *et al.*, *Comentarios*, p. 1099, donde recuerda que ello resulta en virtud del artículo 5.4 de la LO 2/1986, de 13 de marzo; cfr. también ORTS BERENGUER, en *CDJ*, XXX, 1996, p. 346.

(46) A propósito del anterior artículo 338 bis, llama la atención sobre las diferencias valorativas entre impedir un delito evitable y denunciar el cometido, RODRÍGUEZ RAMOS, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dtor.), *et al.*, *CP comentado*, p. 625.

función de re-estabilización de la situación jurídica *post delictum* que compete a sujetos determinados (delito de omisión del deber, que plasma funciones públicas, de perseguir delitos) (47). Queda por ver si dicha función pública se fundamenta en un deber de actuar distinto al que subyace al delito de omisión de socorro. En definitiva: o bien nos encontramos ante dos manifestaciones diversas del mismo fundamento, que sería la solidaridad; o bien, ante delitos diversos con fundamento a su vez diverso: en un caso la solidaridad intersubjetiva (delito de omisión de socorro), y en otro del cumplimiento de deberes de actuar por cumplimiento de una función, y que entonces permitirían –más: que impondrían el deber de– configurar situaciones sociales ajenas cuando en el cuerpo social ha tenido lugar un delito (delito de omitir la persecución) (48). A partir de entonces, recae sobre el particular un corresponsivo

(47) Por lo que este delito (arts. 408 CP 1995, y 359 CP 1973) no se halla tan lejos de los tipos que protegen la «Administración de Justicia»: cfr. LUZÓN PEÑA, en *Estudios penales*, Barcelona, 1991, p. 579; QUERALT JIMÉNEZ, *DPE, PE*, 1992, pp. 653 ss.; ROLDÁN BARBERO, en *LL*, 1994, 1, p. 1025; PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dtor.), Código Penal, p. 3887. Contra, MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN, «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal», en *Documentación Jurídica*, 37/40, 1983, II, p. 1174. Por su parte, critica OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, en *LL*, 1996, 5, p. 1517, la falta de criterio uniforme del legislador al ubicar en lugares tan diversos delitos contra las «funciones públicas» (entre otros, el recogido en el art. 408).

Por otra parte, la falta de omisión de denuncia por facultativos (antiguo art. 576 CP) podía ubicarse igualmente entre las infracciones contra la Administración de Justicia: así, POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *Comentarios*, XIV-2, 1992, p. 1035 (sin embargo, pone en relación esta falta con la omisión prevista en el antiguo art. 338 bis); SEGRELLES DE ARENAZA, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *et al.*, *Manual, PE*, IV, 1994, p. 470; MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR LÓPEZ, *CP*, p. 1584 (que resaltan su conexión con el deber recogido en el art. 259 Lecr.); CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *DP, PE*, 1990, p. 753 (por relación a los arts. 262 Lecr., 338 bis CP 1973 e incluso al encubrimiento); lo resaltaba ya TERUEL CARRALERO, *Las faltas*, p. 180, aunque poniendo de relieve la escasa conexión con dicha realidad.

(48) A diferencia de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación*, pp. 252-254, citado *supra* en nota 43, entiendo que el incumplimiento del deber sí da lugar a la antijuricidad que el tipo recoge, pero resulta necesario contar con otros elementos que conforman dicho deber: en particular otros deberes e intereses que pueden resultar prevalentes. Estoy de acuerdo con él cuando afirma que no puede convertirse el mero incumplimiento del deber en el criterio único de determinación de la antijuricidad. Lo que él propone hallar en el *bien jurídico* afectado, estimo que puede lograrse también mediante la identificación del contenido que lleva consigo la función pública en este caso afectada (cfr. *infra*, IV.6-7) y exigiendo además la realización *material*, y no sólo *formal* del tipo, de manera que se dejarían fuera supuestos de incumplimiento en los que resulta salvaguardado un interés o bien superior que desplazaría el deber de perseguir (en realidad no llegaría a surgir), por que cedería ante realidades prevalentes: por ejemplo, intereses en la lucha frente a la delincuencia que, dentro de cierta proporcionalidad, hacen que no sea debido promover la persecución de un delito (interés menor, que cede), para obtener la de otros (interés superior prevalente).

deber de tolerar la intromisión del cualificado en su propia esfera de organización, para el esclarecimiento del hecho y la adopción de las consecuencias previstas en el ordenamiento (49).

7. Para aproximarnos a resolver la cuestión del fundamento, puede ser útil –como ya hemos efectuado– prestar atención a que los comportamientos que el Derecho penal exige tras la realización de delitos son muy limitados: concretamente, deberes de actuar de naturaleza penal existen sólo en el caso de sujetos competentes en la reestabilización jurídica de la situación, y no con carácter general. Esto supone, por un lado, que en la ponderación de intereses que plasma el Ordenamiento ha prevalecido la libertad de definición por los particulares de sus respectivas esferas organizativas, ámbito en el que el Derecho penal decide positivamente no intervenir, salvo contados casos (delito de encubrimiento); y no interviene por razones fácilmente comprensibles cuando se trata de un Derecho penal liberal, sometido a principios garantistas (50). Pero, por otro lado, los deberes existen, y se exigen, cuando se trata de sujetos cualificados, especialmente competentes: deberes de actuar, de perseguir, etc. En estos casos la premisa de la que se parte es la inversa: en lugar de libertad de organización, sobre el cualificado recaen deberes de configurar y organizar situaciones en las que se hallan implicados diversos sujetos (delinquentes o no), cuyas esferas de libertad se verán en consecuencia restringidas por la acción del cualificado obligado (el funcionario llamado a intervenir).

En estos casos, la esfera de organización se ve restringida por la competencia existente (51). Sin embargo, el Código no prevé un deber

(49) Esto abre múltiples cuestiones de gran relevancia, y que no podemos abordar aquí: la de la cualidad de los indicios de delito que fundamentan la existencia del deber de intervenir, la de la cualidad y entidad de la intromisión del cualificado, y la de los márgenes del deber de tolerar, entre otras. A este respecto, cfr. el planteamiento que traza y analiza BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio de las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1995, pp. 176 ss., desde la óptica de las situaciones de estado de necesidad agresivo y defensivo. Entiendo que los deberes de tolerar deben configurarse a partir de la naturaleza del deber de salvaguarda frente al mal que constituyen los delitos cometidos.

(50) Que son plasmación de otros criterios como el de la presunción de inocencia, subsidiariedad de la intervención penal, etc.

(51) Competencia cuya fisonomía específica como derivada de una función pública puede conformar los límites del deber de perseguir. Así, en concreto, por lo que se refiere al «principio» de oportunidad en la persecución de delitos: cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *DPE, PE*, 1992, p. 661; le siguen PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES, en CONDEPUMPIDO FERREIRO (dtor.), *Código Penal*, p. 3888. Para FEUÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.)/JORGE BARREIRO (coord.), *et al., Comentarios*, p. 1099, «la persecución no será típica cuando concurra un impedimento procesal (falta de

genérico de actuar para cualquier sujeto, que pudiera ser la base valorativa sobre la que construir y exigir un deber de actuar del cualificado. De existir un deber de socorrer que incluyera entre sus prestaciones la de denunciar un delito cometido, entonces cualquier ciudadano en dicha situación estaría obligado a denunciar, bajo amenaza de pena por omitir prestaciones debidas. Pero las cosas sabemos ya que parten de una situación diversa: no existe tal deber penal. Y ello es coherente, pues de lo contrario el «peligro manifiesto y grave» que da lugar a exigir penalmente deberes de amparo activo de terceros, se daría por existente tras la comisión de cualquier delito. Lo cual, además de desmedido –mantendría a los ciudadanos en «servicio permanente»–, resulta irreal –me parece apreciar más bien que los individuos, aunque confíen en una posible denuncia de los delitos por terceros, no se organizan contando con dicha creencia. La conclusión entonces se presenta fácilmente: no se trata de un deber basado en razones de solidaridad intersubjetiva. Su exigencia sólo tiene sentido para sujetos cualificados por la presencia de una función, la de perseguir delitos; por lo que el artículo 408 sería la plasmación penal de dichos deberes, que dejan de existir como tales en cuanto desaparece la cualificación propia de la función y nos encontramos ante un particular (52). Esto explicaría por qué los deberes de actuar genéricos son tan reducidos: cuando se trata de un particular, *in*-competente para dicha función, no hay deber penal de actuar (53). De otro modo, se harían recaer sobre el particular cargas y exigencias a las que el Estado liberal hace tiempo que decidió sustraerle (54) y (55).

denuncia de la persona agraviada) o cuando la persecución no es obligatoria sino facultativa de acuerdo con el principio de oportunidad».

(52) Cfr. MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN, en *DJ*, 37/40, 1983, II, p. 1173, donde destacan las diferencias valorativas que median entre el deber de promover la persecución que recae sobre el funcionario, y el «deber» de los particulares.

(53) El encubrimiento adquiere sentido en cuanto supone un obstáculo a la reacción penal frente al delito, en cuanto entorpece la reafirmación contrafáctica de la norma infringida, y siempre que no suponga añadirse a la pretensión misma del delincuente. En este sentido, la omisión del deber de perseguir delitos posee el contenido de ser mera infracción del deber de perseguir delitos que existe y recae sobre el funcionario: omisión de una «prestación» de iniciar la re-afirmación contrafáctica de la norma que compete llevar a cabo al funcionario. Si el funcionario, además de omitir, entorpece la reafirmación de la norma (favorecimiento real/personal), estamos ante una conducta que constituye otro delito, más grave, que permite imputar –en comisión, activa u omisiva– el resultado de dificultamiento o impedimento de la reacción penal frente al delito.

(54) Cfr. en este sentido la alusión que lleva a cabo GÓMEZ PAVÓN, *El encubrimiento*, p. 52, sobre el posible carácter de inconstitucionalidad del artículo 259 Lecr.

(55) Sobre la conexión de los deberes como contenido del injusto y planteamientos propios del Estado totalitario, cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación*, pp. 234-236.

8. El panorama expuesto, de contenidos axiológicos, proyecta su sentido sobre las estructuras de imputación que coherentemente quepa construir. Así, el sistema prevé una omisión pura, consecuencia de la mera infracción de un deber de actuar genérico, pero que no ha adquirido contenido penal estricto: la omisión del deber de denunciar, prevista sólo en la Leocr (56). Frente a ésta, el encubrimiento vendría a suponer la tipificación expresa de ámbitos de libertad de organización vetados al individuo: delito susceptible de ser cometido activa u omisivamente, en función de los condicionamientos de la comisión por omisión y de los tipos definidos en el artículo 451, por sujetos cualificados o no (57). Pero entre los tipos de encubrimiento y la mera omisión genérica, el ordenamiento arbitra una estructura de imputación intermedia, la propia de aquéllos sobre los que recae un deber de actuar, sin que llegue a su vez a constituir el delito de encubrimiento. Se trata del delito de prevaricación omisiva, u omisión del deber de perseguir delitos, en la terminología del CP 1995, del artículo 408. Éste se configuraría como un delito de omisión pura (mera omisión del deber) de garante (sujeto

(56) Precepto que, sin duda, puede calificarse de *obsoleto*: se sanciona la infracción de dicho deber con una multa de 25 a 250 pesetas. El que no pueda menos que ser calificado como obsoleto no impide que su permanencia sea clara muestra de lo que *no* ha pasado a *formar parte* del Código Penal; y con ello de una precisa y peculiar ponderación sobre los deberes exigidos al individuo en la sociedad actual. Desplegaría por tanto un efecto como de testimonio de lo que en el Estado moderno no se exige *penalmente* al individuo.

(57) Sobre la posibilidad de realizar en comisión por omisión el delito de encubrimiento, cfr. lo que expongo en *El encubrimiento*, pp. 122-127 y 158. Por su parte, la doctrina alemana entiende que la existencia de un deber específico de actuar da lugar a la aplicación de un delito especial, previsto para los casos de funcionario que produce la frustración de las consecuencias jurídicas derivadas de los delitos (*Strafvereitelung im Amt*, § 258a): cfr. LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22.^a ed., München, 1997, § 258, núm. marg. 7a (como doctrina dominante) y § 258a, núm. marg. 2. Sobre la peculiaridad de este tipo frente al previsto en nuestro Derecho, cfr. *infra* nota 87. Sobre el carácter específico del deber de perseguir, cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 25.^a ed., 1997, § 258a, núm. marg. 4; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 48.^a ed., 1997, § 258a, núm. marg. 3.

Considera la doctrina alemana que el precepto del § 258a StGB constituye una modalidad cualificada respecto al delito *común* de frustración de las consecuencias jurídicas de infracciones (§ 258): cfr. LACKNER/KÜHL, *ibidem*, § 258a, núm. marg. 1; RUB, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Berlin, New York, 11.^a ed., 1994, § 258a, núm. marg. 1; TRÖNDLE, *ibidem*, núm. marg. 1; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, München, 25.^a ed., 1997, § 258a, núm. marg. 1; SAMSON, en *Systematische Kommentar zum Strafgesetzbuch, II*, Berlin, (20.^a entrega) septiembre 1986, § 258a, núm. marg. 1. Que se trate de una modalidad cualificada no debe dar lugar a la interpretación de que el delito cometido por funcionario será más grave: será *distinto*, al dar entrada a la consideración del deber en cada caso infringido (que puede depender de la entidad del delito previo); cfr. al respecto *infra* 87.

competente para el desarrollo de una función). A propósito del delito de omisión del deber de socorro (arts. 489 ter CP 1973, y 195 CP 1995) ha trazado Silva Sánchez una configuración de estructuras de imputación en torno, por un lado a las omisiones puras; por otro, a la comisión (activa u omisiva) del tipo de resultado de que se trate; y como estructura de gravedad intermedia, las de omisión pura de garante, con penalidad a su vez intermedia (58). Entiendo que el tipo descrito por el legislador en el artículo 408 puede conceptualizarse como una estructura de omisión pura de garante (59). Esta calificación exige volver a la cuestión sobre la naturaleza de los deberes subyacentes.

9. Como ya se ha manifestado *supra*, 6-7, no es la relación entre los individuos la que condiciona la existencia de la omisión pura, en el artículo 259 Lecr. y la de una omisión pura intermedia, en el delito de los artículos 359 CP 1973 y 408 CP 1995. Ciertamente, tras la comisión de un delito, y en lo que a denunciarlo se refiere, no estamos en presencia de un peligro que se cierne sobre bienes jurídicos altamente valorados, la subsistencia y desarrollo de la persona en ciertos casos, por ser la entraña misma de la concepción social que exija de todos, *quivis ex populo*, impedir un efecto o «entrometerse» en la esfera ajena y socorrer. Por el contrario, el que el individuo siga gozando de autonomía organizativa, aun tras la comisión de otros delitos, lleva a exigir la intervención organizativa en esferas ajenas sólo a determinados sujetos cualificados. Como además no está en juego con ello la subsistencia misma del individuo (no amenaza un peligro inminente y grave, ni se pone directamente en peligro la subsistencia del sistema social), no hay motivo que justifique en el Estado liberal la intromisión organizativa más allá de determinados sujetos, los cualificados por la existencia de una específica

(58) Cfr. al respecto ahora SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 51 ss., con más referencias a las obras del mismo autor sobre el tema (*ibidem*, nota 125), a propósito de la comisión por omisión y el artículo 11 CP, donde expresa las formas de entender la omisión y su postura al respecto. Por su parte, cfr. a este respecto el planteamiento trazado por BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, pp. 54-59.

(59) La presencia de esta estructura intermedia permitiría atender al diferente grado de injusto y desvalor que se encierra en la conducta del funcionario obligado a perseguir que *deja* huir al delincuente por mera *no-intervención*. Entiendo que si sobre él recae un deber jurídico-penal de perseguir en función de un cargo, infringe tal deber, y nada impide que dicha infracción se considere *abuso* del cargo a efectos del artículo 451.3.º, *b*): por lo que dicha omisión constituirá delito de encubrimiento (nada difícil de apreciar, pues concurre el dolo respecto a la existencia de un delito previo, y respecto a la conducta de dejar huir con la abstención de intervenir). Sin embargo, entiendo que la dualidad de figuras delictivas (omisión del deber de perseguir y favorecimiento con abuso de funciones públicas) en el actual Código, como también en el anterior, y sus diferentes penas, aconsejan reconducir algunas conductas, las de menor gravedad, hacia la omisión pura *de garante*, del artículo 408, con pena inferior.

función (delitos de prevaricación omisiva, entre otros) (60). La solidaridad intersubjetiva no llega a tener, en el actual modelo de Estado, el suficiente contenido para hacer exigible a todos la prestación de una conducta de denuncia de los delitos cometidos por otros sujetos. Lo cual lleva a no darle contenido penal estricto, sino mantenerla más allá del Derecho penal, en la Ley de enjuiciamiento criminal. Entra en el ámbito penal, en cambio, cuando se tutela y exige la prestación de conductas que derivan de una función pública que hace competente a un sujeto para actuar. Este planteamiento sería correcto, y adecuado a los postulados de un Estado que se autoproclame liberal, pero deja sin explicar plenamente por qué no se exige a cualquier ciudadano bajo amenaza de pena que informe, que meramente ponga en conocimiento de las autoridades el delito que ha visto a terceros cometer contra otro u otros ciudadanos. De hecho, ese delito ha afectado a con-ciudadanos –quizá muy gravemente–, y sin embargo no hay deber genérico penal de actuar (61).

(60) Frente a la categoría de las omisiones puras de garante, últimamente HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, pp. 28-29, al entenderlas como «variantes atenuadas de los delitos de comisión por omisión toda vez que, al igual que sucede en estos últimos, el deber de actuar en evitación de un resultado típico no se impondría en ellas con carácter general sino exclusivamente a un grupo restringido de personas y, también como en aquéllos, la conducta únicamente sería sancionable cuando supusiera la no evitación de un resultado de lesión o de peligro concreto.» (cursiva de la autora). Sin embargo, entendido el delito como una modalidad de omisión pura de garante, se atendería a la peculiar situación del sujeto cualificado y obligado a actuar, el funcionario, y no al resultado producido, que podría quedar en cambio en el ámbito del delito de encubrimiento. La lógica de la omisión pura de garante es, en cambio, la de la infracción de un deber de actuar, y no la imputación de un resultado: cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal*, pp. 51 ss.

(61) Por esta razón, el delito de omisión del deber de impedir o evitar delitos, se ha puesto en conexión con deberes cuasi-policiales que sobre los individuos en ocasiones recaen, y no tanto sobre la solidaridad intersubjetiva, como sucede con el delito de infracción del deber de socorro (antiguo art. 489 ter; actual art. 195 CP). El antiguo artículo 338 bis motivó opiniones encontradas sobre su naturaleza. Efectivamente, cabía ver en el mismo, en su segundo párrafo, una incriminación de deberes de colaboración (así, por todos, HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, pp. 205-206), que serían excesivos (así, por todos, LUZÓN PEÑA, en *Estudios penales*, p. 595). En consecuencia, se buscaban recursos para restringirlo: como medio de protección con carácter *excepcional* de los bienes jurídicos individuales mencionados en el párrafo primero, mientras pudieran ser aún evitados (HUERTA TOCILDO, *ibidem*, p. 216; VIVES ANTÓN, en EL MISMO, *et al.*, *Compendio de Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 1994, p. 126; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual de Derecho penal, Parte especial*, III, Madrid, 1992, p. 141; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 1988, p. 697; a quien siguen [ed. de 1983] en la crítica MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN, en *DJ*, 37/40, 1983, II, p. 1167, y añaden nuevos argumentos basados en la idea de Administración de Justicia como bien jurídico protegido; DEL TORO MARZAL, La omisión del deber de impedir y denunciar determinados delitos (art. 338 bis CP)», en VV.AA., *Delitos contra la Administración de*

10. Entiendo que se trata de dos universos valorativos distintos: uno que, partiendo de la solidaridad intersubjetiva, hace exigible penalmente ciertas prestaciones en favor de quien está sometido a un peligro manifiesto y grave (delito de omisión de socorro, sobre todo); y otro modelo, el de la traslación de deberes cuasi-policiales desde el Estado a los individuos (delito de omisión de conductas tras la comisión de delitos). Este último modelo permitiría, caso de ser el realmente presente, excluir aquellas traslaciones de deberes que supusieran una desproporcionada carga para los ciudadanos, con base precisamente en los postulados del Estado liberal: por lo que las excepciones al mismo pueden ser frecuentes. En el primer modelo, en cambio, al tratarse de un sujeto, como el que debe actuar, que se encuentra en peligro, los deberes sólo hallan excepción cuando existe un riesgo propio o de tercero. Los contenidos de la solidaridad intersubjetiva no llegan a ser de tal entidad que hagan exigible la denuncia de los delitos cometidos, por lo que no adquiere «fisonomía» penal. Queda entonces restringida a la exigencia de amparo activo por la existencia del eventual peligro que se cierne en su caso (delito de omisión del deber de socorro; y en cierto modo, al de omisión de impedir ciertos delitos). Los deberes de solidaridad intersubjetiva por un eventual peligro para el bien jurídico evidentemente se mantienen (62). Por ello, sobre quien se adhiere con posterioridad a un delito, el eventual encubridor, recae el deber de socorro, como sobre cualquier otro sujeto no competente por el peligro, y deberá socorrer si percibe que la víctima del delito previo está en peligro (63). Esto, que se da de hecho para los deberes de amparo, no se da en los deberes de re establecimiento de la situación originada por

Justicia, Granada, 1995, p. 345, aunque después amplía el ámbito del tipo al defender que debiera referirse a cualquier delito evitable, y no sólo a los determinados en el primer párrafo). Distinto, en cambio, MARTÍNEZ ARRIETA, «El encubrimiento», en *CDJ*, I, 1994, p. 38, cuando considera que el deber de denunciar existe, para quienes han presenciado el delito cometido aun después de haberse realizado, en virtud de un deber cívico de colaboración con la Administración de Justicia, derivado de los arts. 259 y 264 Lecr. El actual artículo 450.2 establece más claramente en su redacción la limitación de la conducta a la denuncia de delitos *evitables* (cfr. un estudio comparativo en TARDÓN OLMOS, «Omisión del deber de impedir determinados delitos o promover su persecución. Nueva regulación. Análisis comparativo respecto al texto anterior», en *CDJ*, IV, 1997, pp. 78-82; contra, sin embargo la interpretación que del antiguo artículo 338 bis.2 lleva a cabo BENEYTES MERINO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), Código Penal, p. 4210). Por su parte, LUZÓN PEÑA, *ibidem*; y MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN, *ibidem*, p. 1165, aportan datos histórico-sistemáticos para probar cómo el párrafo segundo del antiguo artículo 338 bis venía referido a la denuncia de delitos ya *cometidos*.

(62) Por lo que si quien encubre, además no socorre, deberá ser sancionado también por este delito, en concurso real o ideal, según los casos. Me he referido a esta cuestión en *El encubrimiento*, pp. 156-158.

(63) Y no se trata de un deber cualificado, sino que es el común, salvo que sea competente por otros motivos respecto del peligro.

el delito (en la omisión del deber de perseguir delitos y encubrimiento), donde concurre un elemento cualitativamente diverso: la función de reestabilización de la situación *post delictum*.

11. En estos últimos casos, la estructura de imputación que permite atribuir responsabilidad al sujeto cualificado, al funcionario, es precisamente la existencia de una función pública (64). La misma se halla presente, tanto en el caso de la estructura de omisión pura de garante, como en las del encubrimiento. Donde no existe, en cambio, es en el supuesto de omisión de denuncia por particular, que como sabemos no adquiere fisonomía penal. No existe aquí una función; ésta no puede derivarse de la idea de traslado de deberes cuasi-policiales que laten tras el delito de omisión del deber de evitar determinados delitos (cfr. párrafo anterior). Sin embargo, que quepa derivar y fundamentar la responsabilidad de la existencia de dicha función, no da respuesta a la cuestión sobre el mayor o menor merecimiento de pena. Sería legítimo un sistema donde no se diferenciara, ya que la responsabilidad se basa en la función en ambos casos, y toda defraudación de expectativas de ella derivadas sería merecedora de pena (65). Sin embargo, considero más preciso un sistema donde encuentre acogida la diversa entidad de merecimiento de pena de las conductas (66). Es esto precisamente lo que

(64) La cuestión se encuentra en estrecha relación con la llamada responsabilidad fundada en una «institución», frente a la que lo es en la «organización». Sobre estas categorías, cfr. JAKOBS, «La competencia por organización en el delito omisivo», trad. PEÑARANDA RAMOS, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 347-363, especialmente pp. 348 y 363; ahora también, para los deberes de actuar derivados de *institución* en el ámbito de los empleados públicos, el mismo, «Omisión», trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, ponencia en *Presente y futuro de la dogmática penal europea. La aportación alemana*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 28 y 29 de mayo de 1998, pp. 7-9 del mecanografiado inédito. El tema requiere un estudio y fundamentación que no podemos afrontar aquí.

(65) Así, el delito de *Strafvereitelung im Amt* (frustración de las consecuencias jurídicas del delito por funcionario) del § 258a StGB, sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años; o en casos menos graves, con el límite de tres años, o multa.

(66) Ciertamente, si la responsabilidad tiene por fundamento la defraudación de las expectativas contenidas en la función, o institución, podría mantenerse que es más relevante, cuantitativamente más defraudatoria de expectativas, la omisión (pura de garante) de no promover la persecución, que la que acompaña a las conductas de favorecer, propias del encubrimiento. No faltaría razón a esta idea, y con ello, la distinción entre responsabilidad por organización y por institución demostraría que aporta elementos de juicio diversos a las categorías tradicionales de acción/omisión, delitos de infracción de un deber/de dominio. Sin embargo, en mi opinión, puede mantenerse correctamente, sin minusvalorar aquel binomio conceptual, la diversa gravedad –mayor– de las conductas de favorecer por un funcionario (art. 451), frente a las de mero no promover la persecución (art. 408). Y ello –precisamente dentro de la lógica propia de dichas categorías– porque, aun existiendo una función en ambos casos, el significado social que transmite la conducta de no promover o no perseguir

permite la existencia en nuestro Derecho (67) de la omisión del deber de perseguir y los tipos del encubrimiento (cfr. *infra* IV.6).

12. De lo anterior resulta que A. lleva a cabo cuando menos la conducta de no promover la persecución a que está obligado. Efectivamente, si recae sobre él un deber de perseguir, en cuanto encarna la función pública propia del funcionario obligado a ello, se infringe dicho deber. Más allá de esta situación, puede plantearse además la cuestión de si dicha conducta realiza también el tipo de encubrimiento, como favorecimiento, sea real del artículo 451.2.º, sea personal, del artículo 451.3.º.b). Proponemos en el apartado siguiente una coordinación de ambos.

IV

1. El sistema trazado en el apartado anterior nos puede servir a continuación para dilucidar si la conducta de esconder los objetos recibidos procedentes de delitos constituye omisión del deber de perseguir delitos, encubrimiento (real o personal), o ambos delitos a la vez. Si dichos delitos pueden sistematizarse, según se ha trazado, entonces se plantea la cuestión de si ambos sujetos han incurrido en responsabilidad por encubrimiento de los delitos originarios. Por lo que, si el injusto de la conducta de no perseguir los delitos quedara abarcado en el del artículo 451, las intervenciones posteriores de ambos constituirían encubrimiento de los originarios delitos de tráfico de estupefacientes y tenencia de armas, delitos de los que procedían los objetos ocultados (68).

es menos relevante, a la de favorecer la huida, por ejemplo. En el primer caso, el funcionario se suma al significado de la norma infringida mediante la conducta delictiva encubierta, a cuyo sentido vendría a *complementar*; mientras que en la omisión del deber de perseguir, no se complementaría dicho significado, sino que únicamente resultaría no iniciada la re-estabilización de la norma ya infringida. Al respecto, la coordinación trazada *infra*, IV.6 y nota 86.

(67) Para la determinación de la pena en el § 258a StGB, la gravedad del delito favorecido, así como la entidad del deber incumplido pueden jugar un relevante papel: cfr. TRÖNDLE, *StGB*, § 258a, núm. marg. 11; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, § 258a, núm. marg. 17. Cfr. *infra*, nota 87. En el § 258a se hace especialmente necesario, desde el punto en que recoge todas las conductas cometidas por funcionarios que frustren las consecuencias de infracciones –dejando aparte el quebrantamiento de condena del § 120, que también prevé una modalidad especial para funcionarios–, sin distinguir *expressis verbis* la entidad de la conducta.

(68) Por otra parte, la redacción actual plantea algunas cuestiones que en el régimen anterior del encubrimiento podían resolverse de modo diverso: me refiero, en concreto a la cuestión del conocimiento mínimo requerido para encubrir: lo que antes era conocimiento *del* delito (de la perpetración del hecho punible), ahora viene referido a *un* delito, genérico. Sobre la cuestión, cfr. lo que he expuesto en *El encubrimiento*, pp. 60-61; 128-135.

2. Una primera vía de solución radicaría en prestar atención a la literalidad de los preceptos. De esta manera, el artículo 408 constituiría un supuesto de mera omisión, tal y como se desprende de su letra, frente a un tipo, el de encubrimiento que se estructuraría sobre conductas activas de «ocultar» (párrafo 2.º) o de «ayudar» (párrafo 3.º). Sin embargo, entiendo que dicho argumento –literalista– no es decisivo (69) y (70). Por una parte, no lo es porque supondría ignorar el sentido adscriptivo de las conductas recogidas en los tipos del artículo 451, en el que no parece haberse definido actos en razón de la peculiaridad de los medios o aportaciones, sino en torno a la ayuda u ocultación postdelictivos, cualquiera que sea el medio (71). Por otra parte, dicha solución encerraría el equívoco de pensar que la pena, distinta y superior por la vía del artículo 451, resulta justificada sólo porque se trate de una conducta activa, frente a la meramente omisiva del artículo 408, por cuanto la pasividad –si es que es esto lo que constituye la omisión (72)– puede permitir igualmente, o

(69) Piénsese en casos, por ejemplo, como los siguientes: el funcionario obligado a perseguir, decide «hacer la vista gorda», y no detener al supuesto delincuente, por mucho que le consten indicios que le obligan a ello. Lo mismo si decide no incoar expediente alguno, sino «dejar aparcado» el asunto del que él ha tenido conocimiento. O bien, el caso del funcionario de policía, que requerido para intervenir urgentemente en un lugar donde se ha cometido un delito, «decide acudir con retraso», por emplear el itinerario más inadecuado en términos profesionales, con lo que consigue que el delincuente tenga la huida expedita. Etcétera. Obsérvese cómo, una vez que el tipo se construye sobre la idea de deber de actuar, no resulta tan relevante determinar si la conducta posee naturaleza activa o pasiva. Cfr. RUB, LK, § 258a, núm. marg. 4; cfr. sin embargo SAMSON, SK, § 258a (entrega núm. 20: septiembre 1986), núm. marg. 8-10.

(70) Entiendo que según la interpretación trazada a lo largo de estas páginas, el precepto del artículo 408, entendido como una forma de omisión pura de garante, complementada con una omisión pura *no penal*, definida en la Lecr. (art. 259), y por una comisión por omisión, en su caso, del delito de encubrimiento de que se trate, permite residenciar y dotar de contenido a estos delitos como delitos contra la Administración de Justicia. Por el contrario, la omisión (*pura*) del deber de evitar delitos o de ponerlos en conocimiento de la Autoridad, tendría sentido como delito que plasma la existencia de deberes cuasipoliciales de actuar –exigidos precisamente por el riesgo que lleva consigo para las personas la eventual realización del delito que amenaza ser cometido por terceros–, que se complementarían con la eventual comisión por omisión, en su caso, del delito no evitado concreto, sin posible omisión pura de garante intermedia expresamente prevista.

(71) Efectivamente, no importa tanto qué signifique literalmente, o en su contexto, «ocultar», cuanto su conexión a la existencia de una pretensión de conocimiento por la Administración de Justicia tras la comisión de un delito, para proceder a su re estabilización.

(72) Los planteamientos más coherentes en la doctrina de la omisión –cfr. por todos SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 133 ss.– han llamado la atención sobre lo inadecuado de dirigir los esfuerzos dogmáticos hacia hallar una distinción en el plano sistemático –ontológico– de la acción. «Comisión» y «omisión» son categorías –normativas– propias de la *tipicidad*,

incluso en mayor grado, la sustracción a la acción de la Justicia, la ocultación de los objetos (73), etc., por lo que no daría explicación de una pena tan reducida cuando existe un deber específico, del funcionario o autoridad, de actuar. Es precisamente éste, el deber, lo que aporta un contenido de significado propio; se obre después configurando activamente el contexto o se limite a permanecer en pasividad.

3. Cabe otra vía –no tan literalista, más analítica y a la vez atenta a la realidad implicada–, consistente en interpretar los delitos del artículo 451 como tipos de resultado, al menos de peligro concreto para la actuación de la Administración de Justicia tras la comisión de delitos. Lo formulo como hipótesis. De este modo, se diferenciaría de la omisión del deber de perseguir delitos (art. 408) por ser ésta de mera actividad: constituiría, pues, un tipo de omisión pura (de garante), frente al encubrimiento, que sería un tipo susceptible de comisión, activa u omisiva, y que permitiría imputar un resultado a una conducta precedente (74). Existe ciertamente una dificultad para adoptar esta solución; y es que la redacción del precepto del artículo 451, parece construirse en torno al favorecimiento, como mera conducta. Lo cual resultaría avalado por la historia y antecedente del encubrimiento como forma próxima a la participación, en el artículo 17 CP 1973. Sin embargo, la solución que se propone resulta ser más acorde, en mi opinión, con una concepción coherente del encubrimiento en el sistema de deberes de actuar y de no actuar tras la comisión de delitos. En concreto, ello supone concebir el encubrimiento como una conducta vinculada con la realidad a la que afecta, lo que se da en llamar Administración de Justicia, respetando la ponderación de deberes impuestos al particular en el Estado

del ámbito de delimitación de lo antijurídico, y no de la conducta en sí, siempre presente si se contempla un proceso humano para atribuir responsabilidad, para imputar. A partir de esta premisa, queda por describir cuál es el fundamento del deber de perseguir que da lugar a un delito omisivo –de omisión pura de garante, según entendemos– en este caso: cuáles son los deberes, y su justificación político-criminal.

(73) Piénsese, particularmente, en el caso del delincuente que huye con los objetos del delito, a la vista y con la anuencia del funcionario: éste «ocultaría» «sin hacer nada» mediante la huida del delincuente (atípica). Estaríamos ante una estructura de autoría mediata, donde el instrumento (el delincuente que huye) obra atípicamente. Y, sin embargo, constituiría sólo omisión del deber de perseguir (!). Esta solución resulta formalista en exceso.

(74) En este sentido, lo expuesto resulta más acorde con algunos aspectos de la regulación alemana del correspondiente delito (*Strafvereitelung*: § 258), donde cabe distinguir más claramente la conducta (que apenas se describe) y el efecto de «frustración de las consecuencias penales», con todo lo que llevaría consigo en cuanto a la imputación objetiva del resultado. Cfr. sobre el resultado de dicho delito LACKNER/KÜHL, *StGB*, 22ª ed., 1997, § 258, núm. marg. 3-4; WAPPLER, *Der Erfolg der Strafvereitelung (§ 258 Abs 1 StGB)*, Berlin, 1998, pp. 172-184; GÜNTHER, *Das Unrecht der Strafvereitelung (§ 258 StGB)*, Berlin, 1998, p. 85. Téngase en cuenta, además, la punibilidad de la tentativa prevista en el § 258a, párrafo segundo (también en el tipo común del § 258, párrafo cuarto: cfr. GÜNTHER, *ibidem*, pp. 234-235).

liberal: autonomía en cuanto libertad de actuación, salvo que la conductas supongan favorecimiento, que en buena lógica debería ser entorpecimiento efectivo (resultado de peligro concreto) –pero no necesariamente quebrantamiento de una realidad (resultado de daño)–, y no mera conducta de favorecer. De lo contrario, la ponderación valorativa establecida en el ordenamiento –ciertamente a favor de la libertad, sin deberes de actuar penales, salvo de forma excepcional– se vería traicionada enseguida por la sanción penal de meras conductas de auxilio. Lo expuesto no me parece, por otra parte, contrario a la letra misma del precepto, si se tiene en cuenta que «ocultar», «ayudar a sustraerse», pueden interpretarse como resultados efectivos de entorpecimiento (ocultación, sustracción, etc.), sin que resulte afectado el sentido literal posible (75).

4. Con lo anterior no se resuelve todavía el caso analizado, sino que surge un problema adicional, concretamente el de si resulta posible encubrir un delito cuya existencia ya consta (76). Es decir, como el favorecimiento real (párrafo 2.º) se estructura en torno a la idea de ocultar un delito «para impedir su descubrimiento», la constancia de tal delito previo por parte de instancias policiales parece impedir dicho tipo, pues ya había sido descubierto (77). De esta manera, la conducta de quien oculta, en concreto, de quien entierra los objetos procedentes de delitos previos cuya comisión constaba en dependencias policiales, no podría realizar el tipo de encubrimiento; y sólo el de omisión del deber, caso de estar obligado a ello (en otro caso, impune). Ciertamente este problema se plantea por la aparente expresividad de la letra del precepto, que exige sin lugar a dudas que se obre para impedir el descubrimiento (78); y vendría avalado por la idea de que es valorativamente de mayor

(75) Lo anterior pone de manifiesto que posiblemente la redacción actual del delito de encubrimiento no sea la más idónea por lo que al resultado de que hablamos se refiere. Parece que la traslación desde las formas de participación, con algunos retoques y una previsión muy diferente en cuanto a la pena aplicable, haya dejado el precepto con el lastre de una tipicidad definida en función de la mera conducta y no por el resultado. En este sentido, parece que la elaboración del CP 1995 debiera haber sido el momento de definir nuevamente los delitos de encubrimiento, sobre la idea de afectación a la Administración de Justicia. Lo cual supone que la regulación del SGB no resulta tampoco la mejor de las posibles, por cuanto centra su interés en la frustración de las consecuencias penales, sin prestar atención a las conductas en sí mismas.

(76) Cfr. el planteamiento que propongo más brevemente en otro lugar: *El encubrimiento*, p. 77.

(77) De esta opinión, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual, PG*, 1994, 453: «si el hecho ya ha sido descubierto, no puede darse esta forma de encubrimiento (s.c. favorecimiento real, del párrafo 2.º del antiguo art. 17), porque entonces no hay ataque a la Administración de Justicia.»

(78) Sin embargo, obsérvese cómo la letra del precepto se refiere a «su descubrimiento», pudiendo tratarse entonces tanto del delito como de los objetos del mismo: cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *DPE, PE*, 1994, p. 836.

gravedad ocultar y con ello sustraer al conocimiento total de la Administración (encubrimiento, con pena más grave), que el ocultar esos objetos cuando ya han entrado en el ámbito de operación de la Justicia (impune como encubrimiento) (79). A pesar de todo ello, no me parece que resulte suficiente el que el delito ya «haya sido conocido» por la policía, lo que excluye su consideración como encubrimiento, frente a la omisión del deber de perseguir delitos. Y no lo es, porque esta última se estructura sobre la idea de deberes de actuar y su infracción, por lo que no se explicaría cómo la conducta del funcionario que positivamente oculta y con ello deja de perseguir, y posibilita que los autores huyan, no constituya encubrimiento y sólo omisión, con pena menor, cuando esta conducta puede producir, tanto que otros no persigan, como que queden frustradas las expectativas sociales de re-estabilizar la situación que la víctima padece.

5. La solución que se me alcanza está en relación precisamente con la propuesta de exigir resultado de entorpecimiento para la actuación de la Administración de Justicia (80). De esta manera, podría suceder que quien ocultara los objetos de un delito cuya existencia ya constaba podría realizar el tipo de encubrimiento si con ello se afecta a la función de re-estabilización que debe llevar a cabo propiamente la Administración de Justicia por dicho delito. Lo anterior supondría que si dicha re-estabilización ya se había iniciado, la ocultación vendría a ser una conducta contra el deber que sobre el funcionario recae (omisión del deber de perseguir delitos); mientras que si la ocultación se produce existiendo conocimiento de la realización del delito, pero sin haberse iniciado la re-estabilización específica frente al mismo, cabría encubrimiento (favorecimiento real) (81). Ciertamente, «descubrir el delito» supone hacerlo aparecer, llegar a conocimiento del mismo, por lo

(79) Contra, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento*, p. 292; RODRÍGUEZ DEVESA, en *NEJ, Seix*, VIII, p. 464; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *DPE, PE*, 1994, p. 836: entienden que resulta posible apreciar sin distinción encubrimiento en uno y otro caso.

(80) Por su parte, FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, II, Murcia, 1947, p. 94, se mostraba contrario a apreciar encubrimiento, una vez que el delito fuera conocido, pero con diverso fundamento: la redacción del encubrimiento en el anterior CP hacía referencia al delito y no a sus responsables, por lo que sancionar a éstos supondría extender la interpretación de la letra del precepto indebidamente. Sobre esta cuestión, cfr. también GÓMEZ PAVÓN, *El encubrimiento*, pp. 94-95, aunque partidaria, siguiendo a RODRÍGUEZ MOURULLO, y CONDE-PUMPIDO FERREIRO (cfr. *ibidem*), de entender posible el encubrimiento «aun cuando se conozca el hecho, si se ignoran otra serie de circunstancias, como puede ser el autor»; se adhiere también ahora a esta tesis CADENAS CORTINA, en *CDJ, IV*, 1997, p. 111.

(81) Entiendo, además, que así puede darse sentido más coherente a la conducta descrita en el párrafo 3.º, configurada sobre la idea de «eludir la investigación» y «sustraerse a la busca o captura».

que gramaticalmente no cabe ocultar lo que ya se conoce. Pero en una interpretación más atenta y acorde con las consideraciones axiológicas que laten tras las conductas de encubrir y denunciar/perseguir delitos, el favorecimiento real del párrafo 2.º adquiere mayor sentido si se pone en relación con la función de administrar Justicia, entendida como re-estabilización de la situación antijurídica creada por el delito, de acuerdo con la exigencia que hacemos de un resultado de entorpecimiento de dicha función. La conclusión no resulta, por otra parte, contraria a la letra del precepto (82). Efectivamente, a mi modo de ver, «impedir su descubrimiento» (s.c. del delito) admite entender que cuando está en juego la re-estabilización no baste con conocer, aparecer, surgir al exterior su existencia. Puede también entenderse que descubrir supone que el suceso llegue a conocimiento de quien tiene a su cargo re-estabilizar la situación. De lo contrario, este delito devendría casi inaplicable: si todo delito es conducta humana, aparece ya aunque sea sólo a la vista de quien lo comete; y si recae sobre alguien como víctima, también para éste aparece. Por estas razones, el descubrimiento a que se refiere el artículo 451.2.º ha de ser algo más que la mera trascendencia del delito cometido.

La solución a estos casos de «ocultación de lo ya conocido» difícilmente puede llegar de entender que el tipo exige un elemento subjetivo (83) en virtud del cual quedarían excluidas las conductas de ocultación cuando ésta se mueve por otros fines, como el de facilitar la huida, por ejemplo. Para algunos autores, en cambio, se trataría de un elemento subjetivo que permitiría excluir los casos en que el sujeto obra con fines diversos al ocultar (84). Pero esta idea no permite dejar fuera del tipo los casos en que existe tal ánimo de impedir el descubrimiento, por mucho que ya sea conocido el delito por parte de la policía (85).

(82) Entiendo, en lo que se me alcanza, que nos encontramos ante un supuesto en el que la interpretación, con ser extensiva, resulta lícita, por quedar dentro del marco de lo que el legislador ha resuelto precisamente con los medios que las palabras de la ley aportan: cfr. a este respecto, con carácter general, la exposición de BALDÓ LAVILLA, «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, pp. 357-385, en especial, 370-375, y 372.

(83) Parece considerarlo así CUERDA ARNAU, en VIVES ANTÓN (coord.), *et al.*, *Comentarios*, p. 1904.

(84) Cfr. así GÓMEZ PAVÓN, *El encubrimiento*, p. 94; también CUERDA ARNAU, *ibidem*, con cita de RODRÍGUEZ MOURULLO, y de la STS 30 de junio de 1992, que sigue esta concepción de la finalidad de ocultar. De «irrelevantes» califica las conductas ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN, *et al.*, *DP, PE*, p. 731, caso de no concurrir la finalidad de impedir el descubrimiento.

(85) Al menos debería reconocerse que la finalidad de ocultar el hecho, cuando ya sobre el mismo existe el conocimiento por parte de la policía, constituiría una tentativa inidónea de encubrimiento. Ello debería hacer reflexionar sobre la afirmación de que los tipos de mera actividad no admiten tentativa.

6. Lo anterior permite coordinar los delitos de prevaricación omisiva (llamado ahora, delito de omisión del deber de promover la persecución de delitos) y encubrimiento. Concretamente, el artículo 408, como tipo de omisión pura de garante (cfr. *supra* III.8), sería el aplicable cuando la no intervención del sujeto obligado a ello (garante) se refiere a hechos que no han entrado todavía en el ámbito de la Administración de Justicia. Con otras palabras, que entrarían en el ámbito de la Administración si el sujeto obligado llegara a actuar; y es precisamente su pasividad lo que cierra dicha posibilidad. En este sentido la no-actuación transmite el significado de que no se da inicio a la re-estabilización que el ordenamiento tiene prevista tras la comisión de delitos. Por el contrario, la situación se presenta diversa una vez que la Administración ya ha actuado, por cuanto el significado que entonces se transmite es precisamente que la re-estabilización ha dado comienzo (86). Para estos casos, tendría cabida el delito de encubrimiento, susceptible de comisión activa y omisiva (87).

(86) No es óbice el pensar que más grave se presenta la primera conducta (pasividad ante un delito), que la segunda (encubrimiento, activo u omisivo). Ciertamente, resulta en apariencia más grave la primera, por cuanto es el funcionario el sujeto llamado a actuar directamente; mientras que si «sólo encubre», se limitaría a entorpecer la labor de la Justicia, que ya ha a actuar. Entiendo por el contrario, que en el primer caso la no-intervención del funcionario constituye en menos grave la conducta, por cuanto el delito cometido *sigue como estaba*, o sea, no se da comienzo a la re-estabilización (el funcionario se limita a actuar como particular: nada más, pero ahí está el contenido del delito). En el caso del encubrimiento, en cambio, el funcionario produce un efecto diverso: el entorpecimiento de la re-estabilización ya iniciada, que aporta un dato en favor de la mayor gravedad (el funcionario, atenta contra la función que sobre él recae).

(87) Con ello entiendo que la situación legislativa del CP español, aunque sea mejorable y requiera efectivamente una coordinación, resulta más apta que la del StGB. Éste no prevé (dejando aparte el auxilio complementario del § 257, que sí sería semejante a nuestro art. 451.1.º) un delito de encubrimiento como el tradicional en nuestro Derecho —ni para la situación anterior, ni para la actual siquiera—, sino que parte de una conducta, la de FRUSTRACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS PENALES DE LAS INFRACCIONES (§ 258, como delito común, y 258a, como delito de funcionarios). En este último es donde deben encontrar cabida —cfr. *Roxin*, STRAFVERFAHRENSRECHT, München, 24ª ed., 1995, p. 50, referido a la actuación de la Fiscalía del Estado; *Lackner/Kühl*, StGB, § 258a, núm. marg. 3; *Tröndle*, StGB, § 258a, núm. marg. 3; *Ruß*, LK, § 258a, núm. marg. 4— las conductas tanto del funcionario que omite promover la persecución de los delitos, como la del funcionario que ayuda positivamente a la huida del delincuente. El precepto del § 258a no distingue de entrada entre conductas omisivas o activas: entiendo que en la determinación de la pena debería tenerse en cuenta, como elemento del injusto, para graduarla en función de la menor gravedad de las conductas de omisión pura de garante, frente a las de comisión (activa u omisiva), en la línea de lo propuesto en este trabajo. En favor de tener en cuenta a efectos de determinación de la pena, la gravedad del hecho previo, así como la entidad del deber infringido, *Tröndle*, IBIDEM, § 258a, NÚM. MARG. 11; *Schönke/Schröder/Stree*, StGB, § 258a, núm. marg. 17; *Ruß*, LK, § 258a, núm. marg. 15; *Samson*, en *SK*,

7. Estas ideas me llevan a plantear la conveniencia de interpretar las conductas de intervención adhesiva *post delictum* en torno, por un lado, a la idea de «organización»; y por otro, a la de «institución». En cuanto a lo primero, es el caso de las actuaciones de los particulares, no afectados por un deber penal de intervenir. Para ellos, toda intervención sería constitutiva de organización de la situación en cuanto entorpecimiento de la re-estabilización que el Derecho prevé tras la comisión de delitos. En estos casos, las conductas descritas en el artículo 451 —excepto la modalidad propia de funcionario— sería la base legislativa, con las necesarias reformas por otras causas. Por el contrario, para el sujeto cualificado, el funcionario, las conductas se polarizan en torno a la idea de defraudación de las expectativas vinculadas a una «institución», que es precisamente el título de su responsabilidad penal. Efectivamente, para el funcionario sí existe el deber de intervenir positivamente en la situación *post delictum*, para lograr la re-estabilización; y es esto lo que impide la conducta (pasiva u omisiva) del funcionario que no procede en consecuencia. A su vez, dentro de esta fuente de responsabilidad, la institución (léase función pública), pueden distinguirse los supuestos de no actuación cuando todavía no ha dado comienzo la re-estabilización (art. 408 actual, con una necesaria sistematización de la pena respecto a las conductas de entorpecimiento); y los supuestos de entorpecimiento (encubrimiento del art. 451), en la medida en que, iniciada la re-estabilización por un funcionario, en cuanto instrumento de la función pública, y no como sujeto individual concreto, se proceda después a interrumpir dicho proceso de re-estabilización. La intervención del sujeto-instrumento de la función pública permitiría distinguir la conducta de las de omisión (art. 408), y a su vez la identidad con la comisión activa, que es lo propio de la concepción de la comisión por omisión supra señalada, y que compartimos. No es la mera función, por tanto, la que daría lugar a la equiparación con la comisión activa.

8. No se decide por tanto la presencia de encubrimiento por el mero hecho de obrar contra el contenido de la función pública que sobre el sujeto (funcionario) recae (88). Más bien se centra en el aspecto de la relevancia de la conducta en la re-estabilización de la situación creada por el delito previo. A este respecto, conviene señalar que el que un funcionario conozca la existencia y comisión de un delito no supone que se haya iniciado la re-estabilización de la que hablamos. Más bien, será la

§ 258a, núm. marg. 18, que además observa que si el hecho favorecido es de escasa relevancia, no por ello desaparece la gravedad del delito de *Strafvereitelung* de funcionario, consistente en la infracción del deber.

(88) Cfr. *supra*, en nota 43, las observaciones formuladas por OCTAVIO DE TOLEDO sobre el contenido de injusto de los delitos contra la función pública.

efectiva adopción de medios que suponen afirmación de la norma infringida la que determine el comienzo de la re-estabilización. No me parece de igual gravedad ocultar el arma empleada en un homicidio, en cuanto homicidio, que ocultar el arma cuando ésta procede sólo de un delito de tenencia ilícita de armas. Y ello por cuanto en éste es dicho objeto lo que constituye en sí el delito en cuestión, mientras que en el homicidio es un indicio más, no exclusivo de la existencia del delito mismo. Iguales consideraciones cabe efectuar a propósito de un delito como el de tráfico de sustancias estupefacientes, porque éstas, su tenencia para el tráfico, constituyen el delito mismo, si se prueban además los restantes elementos típicos. Así, pienso que en el caso que nos ocupa la ocultación viene a producir, no sólo la no-actuación de investigación que al funcionario se le exige, sino también y sobre todo un retroceso en la misma. La ocultación de aquellos objetos encierra por un lado una infracción del deber de perseguir, y a la vez una infracción del deber de no actuar, de no entorpecer a la Administración. Y ello, porque, como digo, con la ocultación se hace desaparecer lo que constituye y prueba el delito a perseguir, el tráfico de esas sustancias y esa arma. Se ve afectada la re-estabilización de la norma infringida por los delitos previos, por lo que cabría concebirla como encubrimiento (89).

9. Por estas razones, cabe plantearse si la conducta realiza el tipo de la omisión del deber de perseguir delitos, a la vez que el de encubrimiento, que podría resolverse entonces según las reglas propias del concurso ideal. Para llegar a dicha conclusión debemos constatar que se ven afectados dos preceptos, que contemplan la conducta desde puntos de vista diversos, compatibles. Por tanto, parece que procedería en principio la agravación del más grave. No es esto, sin embargo, lo que aquí sucede. Se afecta a la misma realidad (defraudación de lo que cabe esperar de la función pública), aunque haya sido objeto de atención por el legislador en dos tipos diversos. La relación, por tanto, de ambos sería la propia de un concurso de leyes, en favor, del precepto del encubrimiento, por consunción. La pena de inhabilitación (90), impuesta como accesoria,

(89) En este sentido, y de *lege ferenda*, tras la comisión de un delito de homicidio, no me resultan de igual gravedad la ocultación del arma que la del cadáver: el artículo 451.2.º no parece, sin embargo, distinguirlos en cuanto a la gravedad. Y así ha sido por otra parte en la tradición legislativa de nuestro Derecho en materia de encubrimiento. Cfr. la interpretación que asumo en *El encubrimiento*, p. 73.

(90) A propósito de la pena del antiguo artículo 359, criticaba QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, p. 697 la extraordinaria benignidad, comparada la sanción con la correspondiente a la prevaricación judicial activa. La coordinación que establecemos entre el delito de omisión del deber de perseguir delitos y el encubrimiento, permitiría dar razón de la penalidad tan benigna que QUINTANO criticaba al ponerla en relación con la prevaricación judicial. Además de la benignidad –cualidad difícil de valorar cuando está en juego la privación del empleo

en virtud de lo previsto en el artículo 56, junto a la privativa de libertad, en su caso, de acuerdo con los artículos 451 y 452, daría lugar a que el desvalor de la conducta quedara plenamente abarcado (91).

V

1. Las ideas anteriores llevarían, en mi opinión, a enjuiciar el caso que comentamos, además de como un delito de tenencia ilícita de armas, como un supuesto de encubrimiento, en su faceta de favorecimiento real, del artículo 451.2.º CP 1995, respecto a la conducta de añadirse a los hechos de otro constitutivos de tráfico de drogas. Pero no como un delito de omisión del deber de perseguir delitos. No sucede lo mismo por lo que a la tenencia de armas se refiere. Efectivamente, en cuanto al delito de tráfico de drogas, quien se suma con actos de ocultación de sustancias estupefacientes, lleva a cabo una conducta que bien puede realizar, tal y como se ha descrito la conducta típica, el delito de tráfico de drogas. Sin embargo, entiendo que es ése un caso en el que las conductas aportadas por A. y V. pueden no realizar aquel tipo. Y ello, porque puede afirmarse que quien se suma ocultando aquellos productos no trafica con dichas sustancias, sino que las sustrae al tráfico, como también a la investigación policial; o al menos ello cabe deducir de los datos contenidos en el relato de hechos probados. Por esta razón, entiendo que la posesión de las

o cargo, como sucede en estos casos—, debe explicarse el salto cualitativo que se da entre la inhabilitación especial y la pena privativa de libertad (unida ésta a la inhabilitación en el caso del art. 451.3.º**b**). Cfr. nota siguiente.

(91) Ello plantea además la cuestión de la explicación de la pena de inhabilitación, absoluta y/o especial prevista en el artículo 451.3.º**b**) *in fine*, por cuanto sólo se prevé para el caso de abuso de funciones públicas, y no en otro supuesto. Cabe darle una explicación, coherente valorativamente, y es la de entender que las penas privativas de derechos aplicables como accesorias ya abarcarían el desvalor de la conducta cuando intervenga un sujeto funcionario; mientras que en el supuesto de favorecimiento personal, no bastarían dichas penas accesorias, sino que se ha arbitrado una sanción más grave que la que correspondería por la vía del artículo 56 CP. Pero lo que no alcanzo a ver es que el abuso de la función pública sea aplicable sólo en estos casos, a diferencia de todas las restantes modalidades de encubrimiento, que carecen de esta previsión. Si existe deber de actuar para la persecución de delitos, y no se persigue, entiendo que concurre abuso de tal función, de la que surge el deber. Lo contrario supondría entender que la omisión es menos grave por el dato de que es mera omisión, cuando, según entiendo, si existe deber expreso de actuar, hay gravedad suficiente para entender que constituye abuso de función pública.

Extrae consecuencias sobre la naturaleza de la infracción a la que va asociada la pena de inhabilitación especial en el delito de prevaricación, GONZÁLEZ CUSSAC, «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», en *CDJ, XXX, Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995, 1996*, p. 24.

sustancias no realiza el tipo de tráfico de drogas, pero sí el de encubrimiento de dicho delito, en su caso. Procedemos así de acuerdo con el criterio que describíamos en el párrafo II.3. Distinta suerte corre en cambio la conducta de ocultar el arma: en este caso, la tenencia ilícita de armas sí se realiza, porque para ésta basta poseer el arma. La pena a aplicar sería la de prisión de seis meses a tres años, junto a las penas accesorias que en virtud del artículo 56 cabe aplicar, por el delito de encubrimiento; en concurso real con el delito de tenencia ilícita de armas, cuya pena podría atenuarse, como parece que hizo la SAP.

2. La regulación que del encubrimiento ha efectuado el nuevo Código presenta una faceta diversa a la del antiguo artículo 17. Y es que ahora la pena aplicable es autónoma, aunque dependiente en cierto modo del delito previo al que viene a referirse: los límites de la misma respecto a la del delito previo. Además, el conocimiento que preveía el encubrimiento es distinto del que ahora cabe exigir como delito autónomo. La actual exigencia de conocimiento de la comisión de un delito anterior por otros rebaja la necesidad de conocer el delito concreto cometido, aun con cierto margen de imprecisión, a la exigencia de conocer que se ha cometido un delito, lo cual es ciertamente menos que lo exigido antes.

Por otra parte –y ello puede ser de mayor relieve en este caso–, si consideramos que el funcionario que oculta está encubriendo, y que responde por encubrimiento, podría ser sancionado por tal delito, sin que haya sido juzgado el autor del delito previo. Se requiere, eso sí, conocer cuál sería la pena aplicable al eventual delito, pero no sería preciso determinar la pena del autor, que puede ser desconocido (art. 452: «pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto»).

NOTICIARIO

Grupo de Estudios de Política Criminal

San Sebastián 30 de marzo de 1996

MANIFIESTO SOBRE DIVERSIDAD CULTURAL Y POLÍTICA CRIMINAL

La coexistencia de grupos humanos de muy diverso origen y cultura constituye uno de los fenómenos más característicos de las sociedades modernas, en particular de las que se han dado en llamar sociedades desarrolladas. Nuestra sociedad, por sus propias particularidades internas, ofrece un ejemplo claro de esa pluralidad de culturas y tradiciones. Por lo demás, esta situación, históricamente arraigada, se ha visto enriquecida en los últimos años por el ingreso constante y creciente de personas de ámbitos culturales distintos, cuyas formas de vida, ideas y costumbres no pocas veces se distancian considerablemente de los valores mayoritariamente compartidos. De ahí que la diversidad cultural constituya hoy un aspecto fundamental de nuestra realidad social al que el Estado, desde sus más diversas instancias, debe prestar particular atención con el fin de dar las respuestas adecuadas.

Especialmente compleja se presenta esta tarea en el ámbito del Derecho Penal, donde las soluciones rápidas y al hilo de los acontecimientos, sin una reflexión profunda de sus consecuencias, pueden resultar insatisfactorias e incluso contradictorias. De ahí la necesidad de establecer las bases para un tratamiento del fenómeno acorde con los principios constitucionales, punto de partida imprescindible para abordar luego la tarea de concreción de los criterios político-criminales que deben presidir la regulación penal vinculada con el fenómeno del multiculturalismo.

En este sentido, los grandes principios sobre los que se estructura el Estado social y democrático de Derecho en la Constitución española apuntan a un modelo de convivencia basado en la tolerancia recíproca e integración efectiva de culturas diversas (igualdad de derechos en la diversidad), donde tanto los individuos como los grupos en que se integran deben encontrar garantizado su derecho de actuar y expresarse libremente en plenas condiciones de igualdad. Particular trascendencia adquiere en este contexto la expresa prohibición de cualquier tipo de discriminación fundada en circunstancias personales o sociales (art. 14 de la Constitución).

La Constitución española ofrece las bases para una valoración claramente positiva de la diversidad cultural, lo que implica que las respuestas legales a dicho fenómeno no deben abordarse como soluciones a un «problema» de las sociedades modernas, sino como medidas de fomento y protección de uno de los pilares sobre los que se asienta nuestro modelo de convivencia. El Estado, a través de sus diversos mecanismos, debe promover las condiciones para la integración de los distintos grupos humanos, respetando sus caracteres diferenciales y favoreciendo el desarrollo de una sociedad cada vez más permeable a los valores provenientes de culturas no mayoritarias. Ello implica la necesidad de una integración respetuosa de las diferencias, evitando en todo caso la imposición de medidas que conduzcan a procesos forzados de aculturación.

El papel activo que corresponde al Estado en este ámbito se deduce con toda claridad del artículo 9.2 de la Constitución, donde se impone a los poderes públicos el deber de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». De ahí que no sea suficiente un reconocimiento formal de la igualdad como principio rector de la política legislativa, sino que es necesaria, además, una tarea positiva que tienda a remover «los obstáculos que impidan o dificulten» el pleno goce de tales derechos.

El respeto y reconocimiento de las particularidades diferenciales, cuyo punto de apoyo no es otro que la plena vigencia de los derechos humanos, debe coordinarse, sin embargo, con los deberes y límites genéricos que impone la Constitución a todos los ciudadanos con el fin de garantizar la convivencia. De nuestra norma fundamental se extraen, en efecto, una serie de reglas esenciales de convivencia que constituyen el auténtico núcleo de la sociedad civil y que, en ese carácter, deben ser asumidas por todos. De ahí que aun en el supuesto de que se admitiera que el contenido concreto de los derechos humanos puede estar sujeto a variaciones dependientes de los valores propios de las diversas culturas, deba reconocerse a aquellas reglas esenciales el carácter de límite del derecho a la diversidad. No se pretende con ello buscar una coartada que permita justificar medidas dirigidas a imponer a las minorías los valores predominantes en la sociedad, sino más bien reconocer la existencia de

un marco global de actuación –unas «reglas de juego» sin el que no sería posible la convivencia. Fenómenos tales como los malos tratos corporales o las mutilaciones sexuales, admitidas como costumbres en determinadas culturas, no pueden ser aceptadas en el marco de la ética de los derechos humanos sobre la que se asienta nuestro ordenamiento jurídico.

De la valoración realizada hasta aquí sobre el fenómeno de la diversidad cultural en el contexto de, nuestro Estado social y democrático de Derecho, pueden extraerse dos grandes principios político-criminales que deberían presidir las decisiones legislativas en este ámbito específico:

Ante todo, el deber de los poderes públicos de adoptar medidas dirigidas a prevenir actitudes discriminatorias en el seno de la sociedad y, en segundo lugar, el deber del propio Estado de evitar actuaciones que puedan interpretarse o de hecho signifiquen un trato discriminatorio.

En relación al primer aspecto, una política de prevención conductas discriminatorias no debe implicar necesariamente intervención punitiva. Sería prioritario definir estrategias carácter eminentemente social al servicio de la integración de las minorías (por ejemplo, extranjeros, minorías religiosas, gitanos) evitar la huida sistemática al Derecho Penal cuya adecuación eficacia en este campo es más que dudosa.

Sin embargo, no pueden ignorarse las agresiones contra tales colectivos, convertidos en punto de mira de grupos intolerantes y violentos, que, junto a la agresión de bienes jurídicos fundamentales, atentan directamente a la dignidad personal y, en su caso, a la pervivencia de su identidad como grupo. En estos supuestos la intervención penal resulta legítima, siempre que e n aras de una mayor efectividad no se sobrepasen los límites que presiden y circunscriben la criminalización de conductas.

Los principios de intervención mínima, lesividad y responsabilidad por el hecho cometido constituyen barreras infranqueables de la intervención penal, cuya vulneración pone en peligro toda una estructura de defensa de las libertades.

Por ello debe replantearse la formulación de preceptos totalmente indeterminados, como el de «provocación al odio racial» recogido en el artículo 510 del nuevo Código Penal, o la agravante genérica de motivos racistas o similares, que pueden conducir a interpretaciones penalizadas del pensamiento entrando en contradicción con la protección constitucional de la libertad ideológica.

Debemos hacer notar, asimismo, la contradicción en que se mueve la propia intervención penal al establecer distintos rangos de tutela cuando prima a determinados colectivos (como sucede con la mención expresa al antisemitismo en algunos preceptos, arts. 22.4 y 510.1) o cuando de-

grada la protección dispensada a otros (art. 314 en relación a la discriminación en el empleo).

En cualquier caso debe evitarse una instrumentalización meramente simbólica del Derecho Penal, convertido en mecanismo de simple pedagogía social –para convencer a los ciudadanos de que se debe respetar a las minorías–, que serviría de coartada para no activar políticas eficaces de reconocimiento y promoción de los derechos de esos grupos.

Por lo que se refiere a las medidas provenientes de los propios poderes públicos, es patente el deber de evitar regulaciones que directamente impliquen cualquier clase de discriminación. Pero no es éste el único aspecto del problema. Más frecuentes son aquellas medidas que, sin tener un contenido directamente discriminatorio, suponen, sin embargo, un trato diferencial de hecho o, en todo caso, favorecedor de valoraciones sociales negativas hacia ciertos grupos humanos. Es lo que sucede con el derecho de extranjería, que parte de una definición negativa del inmigrante –como «el de fuera», el que no pertenece a nuestra comunidad política– favoreciendo así una percepción social excluyente.

En este último sentido, resulta particularmente criticable el amplio recurso a la expulsión del territorio español del que hace uso nuestra legislación en relación a los extranjeros condenados o simplemente procesados por la comisión de cierta clase de delitos (arts. 89 y 108 del nuevo Código Penal): Que el Estado se permita establecer medidas sancionatorias distintas a las que impone a cualquier ciudadano infractor de la ley penal, poco favorece el fomento de un clima de aceptación e integración multicultural. Quizás más discutibles resulten aún la «detención preventiva», el internamiento, la devolución sin expediente, el rechazo en frontera y la permanencia en la Aduana del solicitante de asilo.

Por lo demás, existen otras situaciones dependientes de la actividad de los poderes públicos que, sin estar basadas en medidas legales o reglamentarias de contenido discriminatorio, se traducen, en los hechos, en un trato desigual. Ello sucede, por ejemplo, si se atiende a la fase de cumplimiento de la condena. Aun cuando la legislación no establece diferencias entre nacionales y extranjeros en este punto, lo cierto es que la casi total ausencia de medidas asistenciales concretamente dirigidas a éstos se traduce en serias dificultades para el disfrute efectivo de ciertos beneficios, como, por ejemplo, los permisos de salida o el acceso a terapias de desintoxicación, a proyectos educativos, al régimen abierto o a la libertad condicional.

Esas regulaciones y prácticas constituyen una manifestación de racismo institucional porque en estos casos el Estado actúa como ente legitimador de la exclusión de la comunidad política de ciertas minorías.

Cuanto se ha dicho no significa, sin embargo, que la ideología, religión, modos de vida, lengua, etc. de determinados sectores de la población no coincidentes con los valores mayoritarios pueda justificar toda

clase de actuaciones –sin limitación alguna– de quienes forman parte de dichos colectivos. A partir de las reglas básicas de convivencia trazadas en nuestro ordenamiento jurídico podría admitirse una intervención de los poderes públicos limitada a los casos de integración forzada en determinados grupos –cualquiera que sea su signo ideológico– cuando concurra un serio menoscabo de la libertad de decisión individual en la línea establecida en el nuevo Código Penal (art. 515.3.º).

Donostia, 29 y 30 de marzo de 1996.

Firmantes:

ALONSO SUÁREZ, JOSÉ ANTONIO. Magistrado. Juzgado de lo Penal núm. 14 de Madrid.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, GREGORIO. Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Salamanca.

ÁLVAREZ DE YRAOLA, ANA MARÍA. Magistrada. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de La Bisbal D'Emporda (Girona).

ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER. Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Cantabria

ÁLVAREZ GÓMEZ, DOSINDA. Magistrada. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de La Coruña

ÁLVAREZ VIZCAYA, MAYTE. Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad Carlos III de Madrid

ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO. Magistrado de la Audiencia Provincial. Presidente Secc. XV de Madrid

ASENSIO CANTISAN, HERIBERTO. Magistrado de la Audiencia Provincial. Sección I de Sevilla

ASUA BATARRITA, ADELA. Catedrática de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.

BALERDI MÚGICA, JOSÉ MANUEL. Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Irún (Guipúzcoa)

BERLANGA RIBELLES, EMILIO. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2.ª de Barcelona

BIURRUN MANCISIDOR, GARBIÑE. Magistrada. Juzgado de lo Social núm. 3 de San Sebastián

BLANES RODRÍGUEZ, ESTRELLA. Magistrada. Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Barcelona

BLÁZQUEZ MARTÍN, RAQUEL. Magistrada. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Parla (Madrid)

BODAS MARTÍN, RICARDO. Magistrado. Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid

BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

BOIX REIG, JAVIER. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

CANDIL JIMÉNEZ, FRANCISCO. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

CARMENA CASTRILLO, MANUELA. Juez Decano de Madrid

CARMONA RUANO, MIGUEL. Presidente de la Audiencia Provincial de Sevilla

CASTRO MARTÍNEZ, ANTONIO. Magistrado. Juzgado de Leganés. (Madrid)

CID MOLINE, JOSÉ. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

CLERIES NERÍN, NURIA. Magistrada del Consejo General del Poder Judicial.

CONDE PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala 2.^a Madrid

CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS DE LA. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.

CUERDA RIEZU, ANTONIO. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

D'OLHABERRIAGUE RUIZ DE AGUIRRE, JOSÉ IGNACIO. Magistrado. Juzgado de lo Social núm. 30 de Barcelona

DOÑATE MARTÍN, ANTONIO. Magistrado. Juzgado de lo Penal núm. 2 de Barcelona

DUCE SÁNCHEZ DE MOYA, IGNACIO. Magistrado. Juzgado de lo Social núm. 2 de Ciudad Real

ELOSEGUI SOTOS, AURORA. Magistrado. Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Sebastián

ESCOBAR MARULANDA, GONZALO. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Gerona

ESPINOSA CASARES, IGNACIO. Presidente de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Logroño).

FÉLIX GARCÍA, JOSÉ LUIS. Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Sant Boi de Llobregat (Barcelona).

FERNÁNDEZ ENTRALGO, JESÚS. Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid. Presidente Secc. XVII de lo Penal.

FERNÁNDEZ, MARÍA DOLORES. Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Murcia.

FLUITERS CASADO, RAFAEL. Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Alcalá de Henares (Madrid).

GALLEGO ALONSO, CELIMA. Magistrada. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Benidorm (Alicante).

GARCÍA ALARCÓN, VIRGINIA. Magistrada. Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES. Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

GARCÍA DE DIOS FERREIRO, RAMIRO. Magistrado. Juzgado de Instrucción núm. 9 de Bilbao.

GARCÍA GARCÍA, SANTIAGO. Magistrado de la Audiencia Provincial de Huelva.

GARCÍA MUÑOZ, PEDRO LUIS. Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 8 de Arenys de Mar (Barcelona).

GIL MERINO, ANTONIO. Magistrado de la Audiencia Provincial de Sevilla. Presidente Secc. VII.

GIMÉNEZ GARCÍA, JOAQUÍN, Magistrado. Presidente de la Audiencia Provincial de Bilbao

GOIZUETA RUIZ, FERNANDO. Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Badalona (Barcelona).

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, ESTHER. Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Zamora.

GRACÍA MARTÍN, LUIS. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza.

GURDIEL SIERRA, MANUEL. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.

IBÁÑEZ SOLAZ, MARÍA F. Magistrado. Juzgado de Instrucción núm. 16 de Valencia.

JORGE BARREIRO, ALBERTO. Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid. Secc. XV.

LAMARCA PÉREZ, CARMEN. Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.

LANDROVE DÍAZ, GERARDO. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia.

LARRAURI PIJOAN, ELENA. Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA. Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

LIBRAN SAINZ DE BARANDA. Magistrado. Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha

LORENZO SALGADO, JOSÉ MANUEL. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Santiago Compostela.

LOZANO ÁLVAREZ, M.^a ANTONIA. Magistrado. Juzgado de lo Social núm. 29 de Madrid.

MANGLANO SADA, LUIS. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia. Sala Contencioso-Administrativo. Valencia

MAPELLI CAFFARENA, BORJA. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

MAQUEDA ABREU, M.^a LUISA. Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Almería.

MARTÍN CORREDERA, JOSÉ FÉLIX. Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Plasencia (Cáceres).

MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO. Magistrado del Tribunal Supremo. Madrid.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Coruña.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ DEL CAMPO, JOSÉ MIGUEL. Magistrado. Juzgado de Instrucción núm. 3 de Vitoria-Gasteiz.

MARTÍNEZ LÁZARO, JAVIER. Magistrado. Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid.

MARTÍNEZ ZAPATER, LUIS FERNANDO. Magistrado. Juzgado de Instrucción núm. 29 de Barcelona.

MATA BARRANCO, NORBERTO DE LA. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.

MONTALBÁN HUERTAS, INMACULADA. Magistrada. Juzgado de Instrucción núm. 7 de Granada.

MORÁN GONZÁLEZ, MANUEL. Magistrado de la Audiencia Provincial de Salamanca.

MORENO RETAMINO, JULIÁN MANUEL. Magistrado. Tribunal Superior de Justicia. Sala Contencioso-Administrativo. Sevilla

MOVILLA ÁLVAREZ, CLAUDIO. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

NAVARRO ESTEVAN, JOAQUÍN. Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid. Secc. X.

NIETO GARCÍA, LUIS CARLOS. Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Único de Piedrahita (Ávila)

OLZA CASADO, MARÍA ASUNCIÓN. Magistrada. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Hospitalet (Barcelona).

ORTEGA LORENTE, JOSÉ MANUEL. Magistrado. Juzgado de Instrucción núm. 5 de Valencia.

PANTOJA, FÉLIX. Fiscal de Menores. Madrid

PAÚL VELASCO, JOSÉ MANUEL DE. Magistrado de la Audiencia Provincial de Sevilla. Sección IV.

PENIN ALEGRE, CLARA. Magistrada. Juzgado de Instrucción núm. 29.

PÉREZ-BENEYTO ABAD, JOSÉ JOAQUÍN. Magistrado. Juzgado de lo Social núm. 4 de Sevilla.

PESTANA PÉREZ, MARIO. Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Leganés (Madrid).

PRADA SOLAESA, JOSÉ RICARDO DE. Magistrado de la Audiencia Nacional. Madrid

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, EDMUNDO. Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Laredo (Santander).

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.

RODRÍGUEZ SANTOCILDES, FRANCISCO JAVIER. Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de El Grado (Asturias)

ROMEO LAGUNA, JUAN JOSÉ. Magistrado de la Audiencia Provincial de Sevilla. Sección VII.

RUBIO DE LA IGLESIA, JOSÉ MANUEL. Fiscal. Fiscalía de Plasencia. Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN. Magistrado. Juzgado de Instrucción núm. 38 de Madrid.

SÁNCHEZ ANDRADA, JESÚS. Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ayamonte (Huelva).

SERRANO-PIEDecasAS, JOSÉ R. Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Salamanca.

SOLÉ PUIG, ASCENSIÓN. Magistrada. Juzgado de lo Social núm. 29 de Barcelona.

SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.

URÍA I MARTÍNEZ, JOAN FRANCESC. Magistrado. Audiencia Provincial. Sección V. Barcelona.

VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Lérida.

VENTURA FACI, RAMIRO. Magistrado. Juzgado de Instrucción núm. 18 de Madrid.

VENTURA MAS, SILVIA. Magistrada. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Arenys de Mar (Barcelona).

VIDAL I MARSAL, SANTIAGO. Magistrado. Juzgado de lo Penal núm. 1 de Sabadell (Barcelona).

VIRTO LARRUSCAIN, M.^a JOSÉ. Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.

ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

ÍNDICE

FASCÍCULO III

| | <i>Págs.</i> |
|---|--------------|
| DOCTRINAL | |
| <i>La imputación penal de la acción y de la omisión</i> , por Günther Jakobs | 835 |
| <i>El desistimiento idóneo fracasado</i> , por Maite Álvarez Vizcaya..... | 875 |
| <i>El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el Derecho Penal: ¿es posible determinararlo con criterios utilitarios?</i> , por José Manuel Paredes Castañón | 909 |
| <i>El conflicto intimidad/información: Un análisis jurisprudencial</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro..... | 943 |
| <i>La causalidad ¿una solución procesal para un problema dogmático?</i> , por Carlos Pérez del Valle | 979 |
| <i>El consentimiento en el Derecho Penal mexicano</i> , por Enrique Díaz Aranda..... | 1005 |
| CRÓNICAS EXTRANJERAS | |
| <i>Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima</i> , por H. C. Albin Eser ... | 1021 |
| SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA | |
| <i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , Sección dirigida por Santiago Mir Puig: <i>Funcionario que no promueve la persecución de delitos: un caso entre el encubrimiento y la omisión del deber de perseguir delitos</i> , por Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez..... | 1047 |
| NOTICARIO | |
| <i>Grupo de Estudios de Política Criminal</i> | 1083 |

